Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers

nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristen-Fakultät der Universität in Rostock,

eingereicht von

Ernst Mering,

Referendar

aus Wattenscheid i. W.

Wattenscheid.

Buchdruckerei Carl Busch.

1907.

Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers

nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristen-Fakultät der Universität in Rostock,

eingereicht von

Ernst Mering,

Referendar

aus Wattenscheid i. W.

Wattenscheid.

Buchdruckerei Carl Busch.

1907.

Inhaltsübersicht.

Literatur-Verzeichnis.

Bartel, Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer; Diss. Erl. 1899.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B., in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 645 fg.; Berlin 1898.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 34, S. 1 fg.; Jena 1894.

Biermann, Kommentar zum B. G. B., das Sachenrecht, 2. Auflage; Berlin 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen B. G. B., Teil I.; Leipzig 1901.

von Buchka, Vergleichende Darstellungen des B. G. B. und des gemeinen Rechts; Berlin 1897.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B.; Berlin 1901.

Bunsen, Besitzschutz im B. G. B., im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 69 fg.; Berlin 1903.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Jena 1900, Bd. 2, 1901.

Cosack, Das Sachenrecht im Entwurf des B. G. B.; Berlin 1889.

Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem B. G. B., in Iherings Jahrbuch, Bd. 37, S. 1 fg.; Jena 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2 (Schuldverhältnisse); Halle 1899, Bd. 3 (Sachenrecht), 3. Aufl.; Halle 1904.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., Bd. 2, 6. Aufl.; Berlin 1900.

Endemann-Gareis, Einführung . . ., Teil 2 (von Gareis), 2. Aufl.; Berlin 1896.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 2. Aufl.; Marburg 1901; Bd. 2.

Fischer, Das Sachenrecht, in Sammlungen von Vorträgen . . . ., Heft 3; Berlin 1896.

Fischer, Ist nach den Vorschriften des B. G. B. die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig?, in der deutschen Juristenzeitung 1898, Nr. 18/19, S. 367 fg.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Bd. I, Berlin 1896/97.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust . . ., in Leonhards Studien; Breslau 1901.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht; Jena 1897.

Gierke, Gutachten 20 in Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 29 fg.; Berlin 1898.

Glück, Erläuterungen der Pandekten; Erlangen 1797.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch (Sachenrecht); Stuttgart 1897.

Hensler, Die Gewere; Weimar 1872.

Ihering, Der Besitz, im Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 32, S. 41 fg.; Jena 1893.

Ihering, Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl.; Jena 1869.

Ihering, Besitzwille; Jena 1889.

Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen des B. G. B. . . ., im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15, S. 263 fg.

Klein, Der mittelbare Besitz des B. G. B.; Diss. Bonn 1899.

Kniep, Der Besitz des B. G. B. . . ., Jena 1900.

Kohler, Vertrag und Übergabe, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18.

Krahé, Der Besitzschutz nach B. G. B.; Erl. Diss.; Köln 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B.; 2. Teil; Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Das B. G. B., Bd. 1; Berlin 1898.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb; Leipzig 1899.

Leske, Vergleichende Darstellungen des B. G. B. und des preußischen A. L. R., erste Hälfte; Berlin 1900.

Maenner, Das Recht der Grundstücke; München 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl.; Berlin 1900.

von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen Rechts; Leipzig 1903.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz; Berlin 1876.

Meisner, Das B. G. B. für das deutsche Reich, 3. Buch (Sachenrecht); Breslau 1901.

Meisner, Referat auf dem 24. deutschen Juristentage, Bd. 4, S. 140 fg.

Neumann, Handausgabe des B. G. B., Bd. I, 3. Aufl. 1903.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse; Berlin 1899.

Oertmann, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, in der Festgabe für Dernburg; Berlin 1900.

Planck, B. G. B.; Berlin 1902.

von Savigny, Das Recht des Besitzes; Wien 1865.

Scherer, Sachenrecht des B. G. B., 3. Buch; Erlangen 1899.

Schmelzer, Selbstschutz des Besitzers im B. G. B.; Diss. Leipzig 1904.

Schollmeyer, Recht der Notwehr; Würzburg 1899.

Schoen, Ist die Eigentumsklage des B. G. B. . . . auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? Diss. Freiburg 1899.

von Staudinger, Kommentar zum B. G. B, Sachenrecht erl. von Kober, 2. Aufl.; München 1903.

Straaten, Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers; Diss. Bonn, Cleve 1904.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B. G. B., in Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 1 fg.

Strohal, Ist die Verfolgung des Eigentumsanspruches auf Herausgabe der Sache nach § 985 B. G. B. auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig?, im sächsischen Archiv, B. 8. S. 341 fg.

Strohal, Referat auf dem 24. deutschen Juristentag, Bd. 4 S. 129 fg.; Berlin 1898.

von Thul, Die Literatur zum B. G. B., in der deutschen Juristenzeitung, 1899, S. 350 fg.

Tränkner-Wulfert, Handausgabe zum B.G.B.; Leipzig 1897.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht . . ., Bd. 1 (Sachenrecht); Paderborn 1900.

Ungerer, Der Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht; Diss. Leipzig, 1905.

von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., 1863.

Weidemann, Der mittelbare Besitz des B. G. B.; Diss. Berlin 1902.

Wendt, Gutachten 19 in Verh. des 24. deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 3 fg.

Wendt, Der mittelbare Besitz des B. G. B., im Archiv für civil. Praxis, Bd. 87, S. 40 fg.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. (von Kipp); Frankfurt 1900.

Denkschrift zu den Entwürfen eines B. G. B.; Berlin 1896.

Motive zu den Entwürfen eines B. G. B. für das deutsche Reich, 2. Aufl.; Berlin 1896.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B.; Berlin 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (E. R. G.) B. 4 S. 173, Bd. 16 S. 396, Bd. 41 S. 347.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann), Bd. 4 S. 290, Bd. 5 S. 154.

A. Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers im Allgemeinen.

§ 1.
Natur des mittelbaren Besitzverhältnisses.

Die Fälle, bei denen der Inhaber einer Sache nach Außen als ihr tatsächlicher Herrscher erscheint, ohne in Wahrheit deren Eigentümer zu sein, regelt unser heutiges Recht in zweifacher Weise: Entweder steht der Inhaber zwar in einer tatsächlichen Beziehung zur Sache, eine Gewalt über diese hat er jedoch nicht kraft eigenen Rechtes, sondern in fremdem Namen und aus fremdem Recht, und zwar im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen, „oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat," — dann erkennt ihm auch das Gesetz keine wahre Herrschaftsgewalt zu, sondern läßt diese allein bei jenem Anderen, zu dem er in einem solchen Abhängigkeitsverhältnisse steht (Besitzdiener, Besitzgehülfe, § 855);

oder aber der Inhaber einer Sache steht zu deren Herrn in einem Rechtsverhältnisse, das ihn zur Ausübung einer selbständigen Gewalt über die Sache berechtigt oder verpflichtet, — dann erkennt ihn auch das Gesetz als wirklichen Besitzer an und macht jenen Anderen zum „mittelbaren Besitzer". Der § 868 definiert:

> Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitzer).

Durch die Aufstellung dieses mittelbaren Besitzbegriffes hat das B. G. B. im Anschluß an die deutschrechtliche Regelung und die des Allgemeinen Landrechts einen Doppelbesitz an derselben Sache anerkannt, denn Voraussetzung für das Dasein des mittelbaren Besitzes ist, daß an ihr noch der Besitz eines unmittelbaren Besitzers besteht. [1])

Streitig ist nun, ob nach dem Wortlaut des § 868, „so ist auch der Andere Besitzer“, der mittelbare Besitz dem unmittelbaren völlig gleichzustellen ist, so daß alle Bestimmungen des B. G. B. über den Besitz gleichmäßig für beide Arten gelten, soweit sich nicht die Unanwendbarkeit einer einzelnen Vorschrift aus ihrem Sinn und Zusammenhang ergibt, oder ob der mittelbare Besitzer nicht als wahrer Besitzer anzusehen ist, vielmehr sein Besitz lediglich eine Fiktion bedeutet. —

Nach Wendt [2]) bedeutet die Aufstellung des mittelbaren Besitzes im B. G. B. einen „Rückfall in die doch anscheinend verlassenen Bahnen des römischen Rechts“, dessen Verwerfung der possessio plurium in solidum auch für das System des B. G. B. seine Kraft behalte. Darum ist nach ihm der mittelbare Besitz des B. G. B. ebenso wie der Besitz des Pfandgebers im römischen Recht nur ein fingierter Besitz und zwar, auch wie dieser, ad unam tantum causam, nämlich nur in Rücksicht auf das ihm im § 869 eingeräumte Klagerecht, um verbotene Eigenmacht, welche gegen den wirklichen Besitzer verübt wurde, auch vom Standpunkt des Eigentümers aus noch mit possessorischer Klage verfolgen zu können.

Die beste Rechtfertigung für diese Ansicht, für die sich Wendt auch auf die Gesetzesmaterialien [3]) beruft, findet er darin, daß ein Besitzprozeß zwischen den beiden Besitzern von vornherein aussichtslos sei, wenn man den mittelbaren Besitz als einen dem unmittelbaren gleichwertigen Besitz gelten lassen wolle; denn da die Berufung auf ein Recht zum Besitze im Besitzprozesse ausgeschlossen sei (§ 863), so könne der Besitzer die Eigenmacht des mittelbaren Besitzers nur mit petitorischer Klage überwinden; „es stände somit so, als wenn im Verhältnis zu einander auf den eigentlichen Besitzschutz völlig verzichtet wäre.“

Bemerkenswert ist ihm ferner die Bestimmung des § 935, „dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen“, welche, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann auf den Besitzer bezogen werden soll. Daß das, was diesem geschehe, als dem Eigentümer geschehen betrachtet werden solle, erwecke die Vorstellung, daß der Besitz des Besitzers zugleich ein Besitz des Eigentümers sei, der mit jenes Hülfe und durch ihn seinen Besitz noch fortsetze, obwohl er die Sache nicht mehr in Händen habe.

Desgleichen die Bestimmung des § 1006 Abs. 3, nach der ein Rechtssatz, der an sich dem Besitze gilt, doch ausschließlich auf den

mittelbaren Besitzer bezogen werden solle, wenn ein solcher neben dem körperlichen Besitz vorhanden sei. Hierdurch gewänne der mittelbare Besitz die Bedeutung, als sei er der wahre und eigentliche Besitz und der körperliche Besitz sein Werkzeug.

Wendt's Beurteilung des mittelbaren Besitzes hat jedoch ihren Kernpunkt in der Auffassung, daß das den unmittelbaren mit dem mittelbaren Besitzer verknüpfende obligatorische Rechtsverhältnis mit seinem durch dasselbe begründeten Rückgabeanspruch der „eigentliche Träger" des mittelbaren Besitzes sei. 4) Auf Grund dieses Rechtsverhältnisses hat nach ihm der mittelbare Besitzer seinen Besitz, d. h. seine tatsächliche Gewalt auf den unmittelbaren Besitzer übertragen („abgeleiteter Besitz"); daher ist letzterer keine Mittelsperson, sondern alleiniger Besitzer, dem gegenüber der mittelbare Besitzer keinen Besitz hat, weil ihm eben die tatsächliche Gewalt fehlt. „Der mittelbare Besitz beruht lediglich auf einem Rechtssatze, welcher neben den Besitz des Besitzers noch den eines Nichtbesitzers stellt und diesen mittelbar zu nennen beliebt, weil er durch die obligatorischen Beziehungen zum unmittelbaren Besitzer getragen wird."

Folgeweise will Wendt die Bestimmungen, welche das B. G. B. über den Besitz als solchen trifft, für den mittelbaren Besitz nicht mitgelten lassen, und die Schwierigkeit, die das Gesetz durch den Satz, „so ist auch der Andere Besitzer", geschaffen hat, ohne ihm eine Einschränkung beizufügen, ist nach ihm durch eine einschränkende Auslegung wieder zu beseitigen. 5)

Dem gegenüber sei zunächst festgestellt, daß dem römischen Recht eine possessio plurium in solidum nicht ganz unbekannt war. In ihm fanden die Verhältnisse der im § 868 aufgeführten Art eine verschiedene Regelung und zwar in dreifacher Weise: 6)

Der Mieter ist nur in detentione, die possessio verbleibt allein dem Vermieter; ebenso bleibt beim Nießbrauch die rei possessio beim Eigentümer, der Nießbraucher erhält aber außer der detentio noch eine juris quasi possessio; der Pfandgläubiger, der Sequester und der Prekarist erhalten Sachbesitz, aber die Anderen, von denen sie, um mit v. Savigny zu sprechen, ihren Besitz „ableiten", bleiben in gewisser Beziehung auch fernerhin possessores, und zwar ad unam tantum causam, nämlich ad usucapionem. 7) Beim Nießbrauch besteht also neben dem Sachbesitz des Eigentümers an derselben Sache noch der Rechtsbesitz des Nießbrauchers 8); und die Anderen, denen gegenüber der Pfandgläubiger, Sequester und Prekarist auf Zeit zum

Besitze berechtigt sind, zeigen durch das Fortleben ihres Besitzes trotz Weggabe der Sache zwar eine gewisse Verwandtschaft mit dem mittelbaren Besitzer des B. G. B., der Unterschied ist aber gleichwohl ein so großer, daß von einem Rückfall in das römische Recht nicht gesprochen werden kann. Denn einmal ist jene una causa hier eine ganz andere, als heute nach Wendt die des § 869, sodann aber ist bei allen anderen Verhältnissen jener Art der tatsächliche Inhaber der Sache nur Detentor und der Andere alleiniger Besitzer, während heute umgekehrt z. B. der Mieter Besitzer und der Andere „auch Besitzer" ist. 9)

Die Aufstellung des mittelbaren Besitzes widerspricht hiernach auch keineswegs der Rechtsentwickelung, wie Wendt behauptet, um so weniger, als gewisse Erscheinungen im deutschen Recht und preußischen A. L. R. eine noch viel nähere Verwandtschaft mit ihm aufweisen. 10)

Sodann gibt Wendt 11) selbst zu, daß der Wortlaut des § 868 die Auffassung geradezu herausfordere, alle Bestimmungen des B. G. B. über den Besitz auch auf den mittelbaren Besitz zu übertragen. Er verkennt nicht, daß das Gesetz ein nur beschränktes Klagerecht des mittelbaren Besitzers leicht unzweideutiger hätte statuieren können, indem es dem § 868 den Zusatz „Besitzer im Sinne des § 869" gegeben, oder noch unzweideutiger eine Parallele zum § 860 aufgestellt hätte durch die einfache Anordnung, daß neben dem Besitzer selbst auch der „Andere" in den fraglichen Fällen fremden Nutzungsbesitzes zur Erhebung der Besitzklagen gegen dritte berechtigt sein solle. Aber gerade daraus, daß das Gesetz einen solchen Zusatz oder eine solche Parallele nicht geschaffen hat, ist m. E. zu schließen, daß es den mittelbaren Besitz nicht nur in einer einzigen Beziehung dem Besitzer gleichstellen wollte, wie es dies im § 860 für den Besitzdiener getan hat, sondern in allen Beziehungen. 12)

Wenn es zudem im § 871 für den dem mittelbaren Besitzer wieder übergeordneten weiteren mittelbaren Besitzer ebenfalls die Wendung gebraucht, „so ist auch dieser Dritte mittelbarer Besitzer", so ist nicht einzusehn, warum die entsprechende Bestimmung des § 868 einer anderen Auslegung bedarf, als die des § 871; an dieser findet aber auch Wendt nichts Auffälliges.

Hiermit widerlegt sich aus dem Wortlaute des § 868 zugleich die Auffassung Wendt's von der bloßen Fiktion des mittelbaren Besitzes. Gierke 13) hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz zur An-

deutung einer Fiktion den Ausdruck, so „gilt“ auch der Andere als Besitzer, verwendet haben würde; auch im römischen Recht hieß es entsprechend vom Pfandgeber »intellegitur« possidere. [14])

Gegenüber diesem klaren Wortlaut des Gesetzes kann auch der Hinweis Wendt's auf die Gesetzesmaterialien nicht als stichhaltig erachtet werden. [15])

Wenn Wendt ferner für seine Theorie der Fiktion des mittelbaren Besitzes mit dem Inhalt eines nur beschränkten Klagerechts ein Argument darin findet, daß bei völliger Gleichstellung des mittelbaren Besitzers mit den unmittelbaren ein Besitzprozeß zwischen beiden illusorisch sei, so sei hier nur hervorgehoben, daß im § 863 das Recht auf den Besitz keineswegs völlig ausgeschlossen ist; ein solches Recht kann vielmehr zur „Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei“, was gerade dann von Bedeutung sein wird, wenn es sich um den Umfang der dem unmittelbaren Besitzer zustehenden und dem mittelbaren Besitzer verbliebenen Besitzbefugnisse handelt.[16]) Im Übrigen müssen wir hierzu auf unsere Ausführungen im § 5 verweisen.

Der Wortlaut des § 868 ist auch unser erstes Argument gegen die Auffassung Wendt's, daß der auf dem obligatorischen Rechtsverhältnisse sich gründende Restitutionsanspruch als der „eigentliche Träger“ des mittelbaren Besitzes anzusehen sei.

Der Besitz wird nach § 854 erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt; „Besitzer“ ist also derjenige, der zu der Sache in eine Beziehung getreten ist, die ihm die Möglichkeit einer Herrschaft über dieselbe verleiht. Warum verwendet dann aber das Gesetz den Ausdruck mittelbarer „Besitzer“, wenn dessen Besitz nicht in der von der Verkehrsanschauung getragenen und anerkannten Herrschaftsposition bestehen soll? Die Verkehrsanschauung geht aber, wie Gierke besonders hervorhebt [17]), auch für den mittelbaren Besitzer zweifellos dahin, daß ihm eine solche tatsächliche Machtposition trotz der Weggabe seines unmittelbaren Besitzes an einen Anderen verblieben ist, nicht etwa dahin, daß ich z. B. nicht mehr als der Gewalthaber meiner Sache angesehen werde, die ich auf vielleicht nur ganz kurze Zeit vermietet oder verliehen habe. [18])

Die Ansicht Wendt's [19]), Nießbraucher und Pfandgläubiger würden „schwerlich geneigt sein, diese Herrschaft des Eigentümers anzuerkennen und sich keine Weisungen gefallen lassen“, widerlegt

sich aus dem B. G. B. selbst durch Bestimmungen, die eine Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers unzweifelhaft erkennen lassen, indem sie den unmittelbaren Besitzer zwingen, sich unter Umständen einer zwangsweisen Betätigung dieser Sachherrschaft zu unterwerfen.

So kann der mittelbare Besitzer nach § 1217 (vergl. §§ 1218, 1219) verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt bezw. an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer ausgeliefert wird, wenn der Pfandgläubiger die Rechte des mittelbaren Besitzers in erheblichem Maße verletzt und ungeachtet einer Mahnung das verletzende Verhalten fortsetzt. Ähnliche Eingriffe muß sich der unmittelbare Besitzer gefallen lassen bei der Miete oder Pacht (§ 550) und im Falle des Nießbrauchs, dessen Ausübung sogar dem mittelbaren Besitzer als Verwalter übertragen werden kann (§§ 1051—1054).

Diese Verpflichtungen beruhen aber nicht etwa auf der Obligation des unmittelbar besitzenden Pfandgläubigers usw. gegenüber dem mittelbaren Besitzer (Eigentümer), sondern liegen ersterem ob lediglich um seines Pfandbesitzes willen. [20]) Sein unmittelbarer Besitz ist also nicht völlig unabhängig vom mittelbaren Besitzer, vielmehr zeigt uns die Art seiner Verpflichtungen deutlich, daß in letzterem trotz Weggabe seiner Sachinhabung noch eine starke reale Herrschaft fortlebt. Wären seine Ansprüche lediglich in dem ihm zustehenden Herausgabeanspruch begründet, so bedürfte er solch weitgehender Schutzmaßregeln nicht, denn jener Anspruch bliebe ihm trotz eines vertragswidrigen Gebrauches oder einer Verschlechterung der Sache ungefährdet bestehen.

Die tatsächliche Sachgewalt des mittelbaren Besitzers kennzeichnen außerdem noch weit stärkere Rechte: so kann er durch Übertragung seines mittelbaren Besitzes über die Sache verfügen (§§ 931, 934, 936), sie mit einem Nießbrauch und Pfandrecht belasten (vgl. unten §§ 2—4).

Vor allem aber spricht für die reale Sachgewalt des mittelbaren Besitzers die Tatsache, daß ihm das Gesetz im § 869 Besitzschutz ausdrücklich zuspricht; über dessen Umfang und die Art seiner Durchführung bestehen allerdings weitgehende Kontroversen (vgl. unten § 5), aber in jener Tatsache allein liegt die Anerkennung des mittelbaren Besitzes als eines „Besitzes“, denn wo die Rechtsordnung Besitzschutz gewährt, „erkennt sie ein subjektives Recht des Besitzers an, welches durch die Verwirklichung der tatsächlichen Gewalt begründet wird.“ [21])

Das Wesen des mittelbaren Besitzes kann sich aber auch in dem Anspruche auf Herausgabe nicht erschöpfen. [22])

Andernfalls würde jeder Anspruch auf Herausgabe einer Sache dem Berechtigten mittelbaren Besitz verschaffen. Die Folge wäre, daß man jedem solchen Berechtigten, der vielleicht in gar keiner tatsächlichen Beziehung zur Sache steht, lediglich auf Grund seines Herausgabeanspruches, also auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes, den ihm als mittelbaren Besitzer, wenn auch nach Wendt's Ansicht nur beschränkt zustehenden Besitzschutz geben müßte. Dies steht aber zweifellos in Widerspruch mit der Besitztheorie des B. G. B., das einen Besitzschutz lediglich an den faktischen Zustand der tatsächlichen Gewalt knüpft. [23]) — Weiterhin würde mittelbarer Besitz auch entstehen können auf Grund einer unerlaubten Handlung, sofern sie dem Verletzten einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache gibt; durch eine solche wird aber zweifellos kein „ähnliches" Verhältnis geschaffen, wie man auch sonst über die Bedeutung des Wortes „ähnlich" streiten mag. Der Eigentümer hätte also z. B. dem Diebe gegenüber mittelbaren Besitz, da er gegen diesen doch einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache hat. [25])

Vor allem aber müßte ein Rechtsanspruch als „Träger" des mittelbaren Besitzes auch rechtsgültig sein.

Dem gegenüber hat aber die zweite Kommission bezüglich des Nießbrauchs hervorgehoben, daß weder ein objektiv obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer erforderlich sei, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen, noch daß der Nießbrauch auf einem gültigen Rechtsverhältnisse beruhen müsse, er vielmehr auch von einem Nichteigentümer nach den §§ 892, 1032 wirksam bestellt werden könne mit der Folge, daß dadurch nicht der wahre Eigentümer, sondern der Besteller mittelbaren Besitz erhalte. [25]) (Vgl. auch § 1058.) Desgleichen ist in den Protokollen wie in den Motiven [26]) anerkannt, daß auch ein putatives Rechtsverhältnis genüge. [25])

Hieraus folgt dann aber auch, daß das Fehlen eines Rechtsanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer nicht genügen kann, um dem mittelbaren Besitzer seinen Besitz zu entziehen.

Vielmehr geht m. E. aus dieser Auffassung hervor, daß Gewicht gelegt wird nicht so sehr auf das Rechtsverhältnis als solches, sondern auf die durch dasselbe geschaffene, vom unmittelbaren Besitzer anerkannte Machtbeziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache.

Der mittelbare Besitz geht daher auch nur verloren, sobald diese fortlebende Machtbeziehung nicht mehr besteht, also dann, wenn der unmittelbare Besitzer sie nicht mehr annerkennt und dies dem mittelbaren Besitzer gegenüber ausdrücklich betätigt, sei es, daß er die besessene Sache derelinquiert, einem Dritten veräußert und übergibt u. s. w., oder daß er sie im Besitz behält, aber nicht in unmittelbarem Besitz gegenüber dem mittelbaren Besitzer, sondern als Eigenbesitzer, indem er seinen hierauf gerichteten Aneignungswillen tatsächlich verwirklicht. 27) Daß dies aber auch ohne Aufhebung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses geschehen kann, erhellt schon daraus, daß, wie schon gesagt, auch für das Bestehen des mittelbaren Besitzes ein Rechtsverhältnis nicht erforderlich ist. 28) Kann aber der mittelbare Besitz auch enden trotz Fortbestehens des Rechtsanspruches, so kann dieser unmöglich sein „Kern“ sein, denn sonst müßte er mit ihm stehn und fallen.

Der entgegengesetzte Standpunkt führt allerdings mit Wendt 29) dazu, auch dem Verlierer den mittelbaren Besitz an der verlorenen, vom Finder in Besitz genommenen Sache zuzuschreiben. Allerdings ist der Finder zur Verwahrung der Sache verpflichtet und daher zum Besitze jedenfalls berechtigt 30), und er ist ferner gehalten, sie dem Verlierer wieder herauszugeben. Dies ist aber auch das einzige Merkmal, das sein Besitz mit den im § 869 aufgestellten Beispielen gemein hat; im übrigen ist sein Verhältnis zum Verlierer ganz anders geartet, wie etwa das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer, das Mieters zum Vermieter. Das Recht dieser zum Besitze hat die Richtung auf eine von vornherein bestimmte Person, von der sie ihren unmittelbaren Besitz haben; diese relative Beziehung ist aber beim Besitz des Finders nicht vorhanden, dem jede Beziehung zum Verlierer fehlt, falls er nicht etwa von diesem mit der Aufsuchung der Sache beauftragt oder als gesetzlicher Vertreter betraut ist. Seinem Besitz mangelt es also an der im § 868 verlangten „Ähnlichkeit“, und darum kann er keinen mittelbaren Besitz vermitteln. 31)

Wenn Wendt schließlich noch die §§ 935 und 1006 Abs. 3 heranzieht und auf Grund der hier getroffenen Bestimmungen den unmittelbaren Besitzer in ein Vertreterverhältnis zum mittelbaren Besitzer stellen will, so würde unter das „Gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen“ doch auch der Verlust des Besitzes infolge verbotener Eigenmacht fallen und also auch dem im mittelbaren Besitz befindlichen Eigentümer „angerechnet“

werden müssen. Dann aber hätte folgerichtig auch der mittelbare Besitzer den nächsten Anspruch auf die Besitzschutzmittel, und diese dürften ihm sicherlich nicht in noch beschränkterem Maße zustehn als dem unmittelbaren Besitzer, wie Wendt dies fordert. Da aber das Gesetz in erster Linie gerade dem unmittelbaren Besitzer vollen und selbständigen Besitzschutz gewährt, so kann er unmöglich als bloßes „Werkzeug" seines Oberherrn angesehen werden; die ihm gegebene Ausstattung mit vollem Besitzschutz ist gerade charakteristisch für die Selbständigkeit seines Besitzes. 32)

Dafür spricht auch, daß der unmittelbare Besitzer in den weitaus meisten Fällen die ihm zustehende tatsächliche Gewalt in seinem eigenen und nicht im Interesse des mittelbaren Besitzers ausübt. 33)

Wenn ferner für den unfreiwilligen Besitzverlust des mittelbaren Besitzers entscheidend ist, ob auch auf Seiten des unmittelbaren Besitzers ein unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt, so müßte dessen Wille auch entscheidend sein für die Frage, ob auf Seiten des mittelbaren Besitzers ein freiwilliger Besitzverlust, d. h. eine Besitzaufgabe 34) vorliegt; m. a. W.: es würde für den Fortbestand des mittelbaren Besitzverhältnisses einzig und allein ankommen auf den Willen des unmittelbaren Besitzers, und ohne dessen Willen würde mittelbarer Besitz überhaupt nicht zur Entstehung gelangen können. Nach § 868 aber kommt die Besitzmittlung zustande durch das zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer bestehende Rechts- oder ähnliche Verhältnis mit einem bestimmten Inhalt. Durch dieses und die dadurch vermittelte tatsächliche Macht 35) ist dann der mittelbare Besitz ebenso selbständig gegeben wie der unmittelbare; und allein vom Fortbestande dieser Machtbeziehung hängt, wie wir schon hervorgehoben haben, auch der Fortbestand des mittelbaren Besitzverhältnisses ab, nicht etwa von dem bloßen Willen des unmittelbaren Besitzers.

So besitzt weder der mittelbare Besitzer durch den Willen des unmittelbaren Besitzers (denn z. B. wird der Verpächter auch gegen den Willen des Pächters hinsichtlich der nachgeschafften Sachen mittelbarer Besitzer), noch kommt es andrerseits auf den Willen des mittelbaren Besitzers an, ob ihm mittelbarer Besitz durch den unmittelbaren Besitzer erworben wird (denn der Verpächter wird durch die Nachschaffung auch mittelbarer Besitzer, obwohl er hiervon vielleicht gar keine Kenntnis hat oder dieselbe auch gegen seinen Willen geschehen ist). 36)

Schließlich aber müßte, wenn durch jenes Rechtsverhältnis ein Vertreterverhältnis zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer geschaffen würde, das Rechtsverhältnis wiederum auch stets rechtsgültig sein; dies Erfordernis ist von uns aber schon oben zurückgewiesen worden.

Hiernach dürfte die Ansicht Wendt's zur Genüge widerlegt und dabei zugleich dargetan sein, daß der mittelbare Besitz eine tatsächliche Machtbeziehung zur Sache darstellt, der mittelbare Besitzer also wahrer und echter Besitzer ist, dem unmittelbaren ebenbürtig. Wenn ihm auch bei Verwirklichung seiner tatsächlichen Gewalt naturgemäß Grenzen gezogen sind durch sein Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer, so ändert dies doch nichts an dem Bestehenbleiben einer realen Sachgewalt, und dies Bestehenbleiben genügt, um „Besitz" zu erhalten. [37]) Wie die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers, so ist auch die des mittelbaren Besitzers nicht rein sinnlich zu nehmen [38]) und erfordert nicht in jedem Falle eine gegenwärtige körperliche Obhut, sondern sie schöpft ihre Stärke aus dem Gemeinbewußtsein der Gesamtheit, das auch ihm „den Charakter des Besitztums verleiht und ihm Ausübung und Fortdauer des Besitzverhältnisses garantiert, indem sie vor der hergerichteten Herrschaft sich selbst Halt gebietet". [39])

Diese Ansicht hat im Gegensatz zu Wendt am schärfsten Gierke vertreten. [40]) Er geht davon aus, daß das B. G. B. unter Besitz jede Inhabung versteht, und zwar nicht nur die selbstnützige, sondern auch die prokuratorische. „Bei einer solchen Ausdehnung des Besitzbegriffes konnte aber das B. G. B. unmöglich den unmittelbaren Besitz allein als Besitz behandeln und jeder darüber stehenden Herrschaftsbeziehung zur Sache die rechtliche Eigenschaft des Besitzes absprechen," zumal der Besitzherr noch allgemein als Träger einer realen Macht über die Sache anerkannt wird und auch sich selbst dieser Macht bewußt bleibt. Das Band, das diese Machtbeziehung zur Sache herstellt, ist zwar gelockert, aber nicht zerschnitten, und daher ist der mittelbare Besitzer „Besitzer" geblieben, mittelbarer nur, weil ihn in irgendeinem Umfange die selbständige Gewalt eines Anderen von der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache absperrt (S. 31, 32).

Ein Herausgabeanspruch ist zwar immer mit ihm verbunden, aber ein solcher erwirkt mittelbaren Besitz nur dann, wenn sich in ihm eine als tatsächliches Machtverhältnis erscheinende Herrschaftsbeziehung offenbart (S. 34). Dies ist aber bei dem mittelbaren

Besitzer der Fall, denn er setzt voraus, daß der unmittelbare Besitzer den Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen ihn anerkennt, und zwar als einen Anspruch, „der nicht bloß ihn persönlich, sondern die Sache selber dinglich beherrscht.“ [41]) Indem der unmittelbare Besitzer seine Gewalt dem mittelbaren Besitzer unterstellt, wird für diesen eine tatsächliche Oberherrschaft begründet und „die anerkannte Position des mittelbaren Besitzers als Besitzherrn geschaffen“.[42])

Auf Grund dieser Auffassung kommt Gierke zu dem Ergebnisse, das auch wir zufolge obiger Widerlegung Wendt's vertreten müssen[43]):

Grundsätzlich ist unter dem Besitzer im B. G. B. der mittelbare Besitzer mitverstanden, wenn nicht eine Ausnahme ausdrücklich gemacht ist oder aus dem Zusammenhange sich von selbst ergibt.

Zwischen den beiden streng konträren Auffassungen Gierke's und Wendt's über das Wesen des mittelbaren Besitzes stehen vermittelnd die Ansichten von Strohal und Planck.

Auch Strohal [44]) erkennt einen Doppelbesitz an derselben Sache an, und der mittelbare Besitz ist ihm tatsächlicher Natur, aber ein Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache, vermittelt durch den Besitz des unmittelbaren Besitzers, „welches nur deshalb Besitz im engeren Sinne nicht ist, weil das Gesetz demjenigen, der die tatsächliche Gewalt ausübt, selbst Innehabung und damit unmittelbaren Besitz zuschreibt“ (S. 20). Daher ist nach ihm der mittelbare Besitz ein Besitz ganz anderer Art, als der unmittelbare Besitz, und gilt das, was hinsichtlich des unmittelbaren Besitzes bestimmt ist, nicht ohne Weiteres auch für den mittelbaren Besitz, vielmehr hat man, wo im Gesetz vom Besitz ohne besonderen Beisatz die Rede ist, erst durch Auslegung festzustellen, ob und inwieweit sich die Vorschrift auch auf den mittelbaren Besitz bezieht (S. 29). [45])

Wenn aber Strohal den Besitz des Mittlers als einen ihm vom mittelbaren Besitzer „anvertrauten“ betrachtet (S. 20, 59), so kann doch der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren keinen anderen Besitz anvertrauen, als er selbst ihn hatte, und behält er trotz jenes anvertrauten noch eigenen Besitz, so muß dieser doch jenem gleichwertig sein.

Planck [46]) stimmt im Ergebnis mit Strohal überein. Eine reale Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers erkennt er jedoch

nicht an, vielmehr ist nach ihm der mittelbare Besitz, zwar ebenso wie der unmittelbare, eine tatsächliche Beziehung zur Sache, aber nicht, wie dieser, „eine Beziehung, die nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die durch die Gewalt des unmittelbaren Besitzers in Verbindung mit dessen Verhältnisse zum mittelbaren Besitzer hergestellt wird.“ Nach ihm leitet der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ab. [47]) Daß aber der Mittler seine Befugnis zu besitzen von einem Anderen „ableitet“, schließt doch nicht aus, daß auch noch diesem Anderen eine von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaftsbeziehung zur Sache und damit „Besitz“ verbleibt.

B. Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers im Besonderen.

Charakterisiert sich so die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers nach unserer Auffassung dahin, daß er ebenso wie der unmittelbare Besitzer wahrer und echter Besitzer ist, so wird eine Betrachtung der Rechtsfolgen im Einzelnen, die das Gesetz mit dem Besitz als solchem verknüpft, lehren, daß der mittelbare Besitzer in allen Beziehungen die gleiche rechtliche Stellung einnimmt, wie der „Besitzer“ überhaupt.

I. § 2.

Der mittelbare Besitz als Voraussetzung voller Rechtsausübung.

Der Besitz ist das Kleid, in das nach Außen eine Sachherrschaft sich hüllt, das aber seinen Träger der Außenwelt gegenüber nicht nur legitimiert als den, der zur Ausübung jener Herrschaft berufen und berechtigt erscheint, sondern das dieser in vielen Fällen auch notwendig tragen muß, um seine Rechte ausüben zu können.

Dann aber hat unbestritten der mittelbare Besitz die gleiche rechtliche Bedeutung wie der unmittelbare: So für den Eigentümer, der seine Sache nutzen will, für die Ausübung des Miet- und Pachtrechts, für den Retentionsberechtigten und den Faustpfandgläubiger. [1]) Bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen entsteht für den Pfandgläubiger das Pfändungspfandrecht durch die Inbesitznahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers

(§ 804 Z. P. O.). Da dieser hierbei als Beauftragter des Gläubigers auftritt [2]), so vermittelt er dadurch für letzteren den mittelbaren Besitz an der gepfändeten Sache, so daß also dieser genügende Voraussetzung für die Ausübung des Pfandrechts ist. [3])

Das H. G. B. kennt eine Verfügungsbefugnis über Waren mittels Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein. Da der Besitz dieser Urkunden aber nur mittelbaren Besitz verschafft, so reicht also dieser aus, um über die Waren verfügen zu können [4]), usw.

II. § 3.

Der mittelbare Besitz als Voraussetzung für den Erwerb und die Erhaltung von Rechten.

Auch in dieser Hinsicht ist der mittelbare Besitz dem unmittelbaren im Wesentlichen gleichgestellt. So genügt in den Fällen, die den Erwerb des Besitzes einer beweglichen Sache zum Erwerbe des Eigentums an dieser Sache voraussetzen, auch der Erwerb des mittelbaren Besitzes; so für den Eigentumserwerb durch Aneignung (§ 958), für den Erwerb von Früchten an einer fremden Sache, die der Fruchtberechtigte nicht besitzt (§ 956), für den Erwerb des Nießbrauchs (§ 1032) und des Pfandrechts an Fahrnissen (§§ 1205, 1206); bei letzterem steht zudem die Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger unter gleichzeitiger Anzeige hiervon an den unmittelbaren Besitzer der Übergabe der Pfandsache gleich (§ 1205 Abs. 2). Der gutgläubige mittelbare Eigenbesitzer und der im mittelbaren Besitz der Sache befindliche Fruchtberechtigte erwerben das Eigentum an den Früchten einer Sache mit der Trennung (§§ 955, 957). Gutgläubiger mittelbarer Eigenbesitz genügt als Grundstein der Ersitzung, um durch diese Eigentum oder Nießbrauch an einer beweglichen Sache zu erwerben (§§ 937 fg. 1033), und der Verlust des mittelbaren Besitzes reicht hin, diese Ersitzung zu unterbrechen (§§ 949, 1032 Satz 2).

Beim Eigentumserwerb an Grundstücken kommt es ebenfalls auf den Eigenbesitz, d. h. aber auf den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz [5]) an (§§ 900, 927), und auch für die Übertragung von Fahrniseigentum ist der mittelbare Besitz dem unmittelbaren gleichgestellt (§§ 929, 930). Nach § 929 geht das Eigentum über durch Übergabe und Willenseinigung; ist der Erwerber aber bereits

im mittelbaren Besitz, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums; nach § 930 kann die Übergabe durch Einräumung des mittelbaren Besitzes ersetzt werden.

Sodann kommt der Schutz des guten Glaubens beim Erwerbe von einem Nichtberechtigten (§§ 931, 934) auch demjenigen zu Statten, der nur den mittelbaren Besitz der Sache erlangt hat [6]), und durch die im § 1006 Abs. 3 gerade zu gunsten des mittelbaren Besitzers aufgestellte Vermutung ist dieser bezüglich des Erwerbes von Rechten vor dem unmittelbaren Besitzer sogar bevorzugt. (Siehe hierüber im Folgenden [§ 4].)

Desgleichen genügt in den Fällen, in denen der Besitz Voraussetzung für die Erhaltung beschränkter Rechte an einer beweglichen Sache ist, der mittelbare Besitz ebenso wie der unmittelbare, indem jene Rechte untergehen, wenn ihr Inhaber nicht wenigstens noch im mittelbaren Besitz der Sache sich befindet und ein gutgläubiger Dritter das Eigentum an der Sache erwirbt (§§ 936, 945, 1032, 1208). [7])

III. § 4.

Der mittelbare Besitz als Grund gewisser Rechtsvorteile.

Ausgehend von dem Gedanken, daß hinter der äußeren Form auch der innere Gehalt des Rechtes steckt, daß also die Tatsache des Besitzes vermutlich auf ein Recht zum Besitz sich gründen kann, gewährt das Gesetz dem Besitzer auch gewisse Rechtsvorteile.

Hier ist dann der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren nicht nur gleichgestellt, sondern noch vor ihm bevorzugt.

Nach § 932 fg. wird der gutgläubige Erwerber einer veräußerten beweglichen Sache auch dann Eigentümer der Sache, wenn diese dem Veräußerer nicht gehört. Für dessen Besitz besteht also die allgemeine Fiktion, daß er auch rechtsbeständig ist [8]), indem der Eigenbesitzer dem gutgläubigen Erwerber gegenüber in gewissem Umfange als Eigentümer der Sache gilt, obwohl er in Wahrheit nicht ihr Eigentümer ist. [9])

Diese Fiktion kommt aber auch dem mittelbaren Eigenbesitzer der Sache zu Gute; durch sie ist diesem sogar die Veräußerung der Sache noch besonders erleichtert; denn geschieht die Veräußerung gemäß § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, so wird der gutgläubige Erwerber nach § 934 schon mit der Abtretung des Anspruches Eigentümer, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer

war, während er, wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, erst Eigentümer wird, wenn er den unmittelbaren Besitz der Sache von dem Dritten erlangt.

Dem mittelbaren Besitz speziell gibt das Gesetz im § 870 eine erleichterte Übertragungsmöglichkeit, indem hierfür die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe genügt. Vgl. ferner § 920 (Eigentumsvermutung bei der Grenzscheidungsklage), § 1253 (Vermutung der Pfanderlöschung bei Wiederbesitz des Schuldners), § 1362 (Abs. 1 Eigentumsvermutung für den Ehemann zu Gunsten seiner Gläubiger, Abs. 2 zu Gunsten der Ehefrau).

Diese vorteilhafte Rechtsposition des mittelbaren Besitzers zeigt sich aber in noch weit höherem Maße darin, daß das Gesetz im § 1006 zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers einer beweglichen Sache die Vermutung aufstellt, daß er Eigentümer[10]) der Sache sei (Abs. 1), und zu Gunsten des früheren Besitzers, daß dieser während der Dauer seines Besitzes Eigentümer gewesen sei (Abs. 2). Im Falle eines Doppelbesitzes läßt aber der Absatz 3 jene Vermutung gerade und allein zu Gunsten des mittelbaren Besitzers gelten, dem „kraft dieser Rechtsvermutung eine weit über die Besitzgrenzen hinausgehende reivindikatorische, dingliche Rechtsbedeutung zufällt“. [11])

Diese Vermutung zu Gunsten des gegenwärtigen mittelbaren Besitzers bewirkt dann aber auch, daß er bei dem durch den Erwerb des Eigenbesitzes bedingten Erwerb des Eigentums seinem Besitzmittler vorgeht (siehe oben § 3). [12])

Im Falle eines beschränkten dinglichen Rechts kommen jene Vermutungen auch dem beschränkten mittelbaren Fahrnisbesitz zu Gute (vgl. §§ 1065, 1227). [13])

IV. Der mittelbare Besitz als Grund gewisser Rechtsfolgen.

a) Besitzschutz.

α) Possessorischer Besitzschutz.

§ 5.

1) **Schutz gegen verbotene Eigenmacht** (§§ 859, 861, 862, 869).

Für den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers müssen wir von unserer Ansicht ausgehen, daß der mittelbare Besitzer die gleiche rechtliche Stellung hat wie der unmittelbare. Die konsequente

Folge hieraus kann für uns nur die sein, daß die für den Besitz als solchen getroffenen gesetzlichen Schutzbestimmungen auch auf den mittelbaren Besitzer mitzubeziehen sind. Diese Folge ergibt sich für uns also lediglich auf Grund des im § 868 aufgestellten Grundsatzes „so ist auch der Andere Besitzer“. [14])

Wenn daher außerdem noch der § 869 von einem Schutz des mittelbaren Besitzers spricht, so können wir in dieser, wenn auch einzigen direkten Bestimmung des Gesetzes über den Schutz des mittelbaren Besitzers nicht eine erschöpfende Regelung desselben erblicken. Dagegen spricht auch der Wortlaut des § 869, der beginnt:

> „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu . . . . .“

Hier ist also von einem Schutze des mittelbaren Besitzers die Rede nur für den Fall, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt ist, ohne daß die Frage berührt ist, ob ihm die Besitzansprüche auch unabhängig von dem unmittelbaren Besitzer zustehen. [15]) Diese Frage findet ihre Regelung allein in der allgemeinen Vorschrift des § 868, der daher die Spezialbestimmung des § 869 auch nicht vorgehen kann.

Die gegenteilige Ansicht, die wohl als die herrschende anzusehen ist [16]), sieht entweder im § 869 eine erschöpfende Regelung des Besitzschutzes für den mittelbaren Besitzer, oder sie geht von der Ansicht aus, daß begrifflich eine verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer nicht verübt werden kann. Wenn sich jedoch einzelne Vertreter dieser Ansicht auf die Protokolle und die Denkschrift [17]) berufen, so überschätzen sie offenbar die Bedeutung der dort gegebenen Ausführungen, die gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes m. E. nicht Stand halten können. [18])

Hiernach werden wir den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers zu behandeln haben:

I. für den Fall, daß gegen ihn allein,

II. für den Fall, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt worden ist. —

I. Die Entscheidung dieser Frage ist grundsätzlich davon abhängig, ob man die Möglichkeit einer verbotenen Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer anerkennt oder nicht. Denn kann diese Voraussetzung jeden possessorischen Besitzschutzes auch gegen seinen

Besitz gerichtet sein, so wäre es offenbar unbillig, ihm die Schutzmittel hiergegen zu versagen.

Da nach unserer Auffassung der mittelbare Besitz ebenso wie der unmittelbare eine reale Sachgewalt darstellt, so ist damit zunächst die Möglichkeit eines widerrechtlichen Eingriffes in diese Sachgewalt prinzipiell anerkannt. [19]) Da aber ferner das den mittelbaren Besitzer mit der Sache verknüpfende Rechtsverhältnis diesem eine selbständige Gewalt verleiht, so ergibt sich daraus, daß für die Frage, ob verbotene Eigenmacht gegen ihn vorliegt, auch lediglich sein Wille und nicht der Wille des unmittelbaren Besitzers entscheidend ist. [20])

Und da schließlich der mittelbare Besitz in jenem Rechtsverhältnisse seine Grundlage hat, so erhellt daraus, daß außer von Dritten auch vom unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer verübt werden kann, weil doch gerade der unmittelbare Besitzer in diese Grundlage so eingreifen kann, daß sie zum Wegfall kommt, der mittelbare Besitz also „entzogen" wird, oder daß sie nicht mehr in gleich starker und sicherer Weise fortbesteht, der mittelbare Besitz also „gestört" wird. Geschehen solche Eingriffe aber ohne [21]) den Willen des mittelbarpn Besitzers, so liegt darin verbotene Eigenmacht gegen ihn [22]), also, wie Bekker (S. 69) sagt, dann

„wenn erstens eine Handlung in Frage steht, zu welcher der unmittelbare Besitzer weder als Besitzer noch als Nießbraucher, Pächter, Mieter u. s. w. berechtigt ist,

wenn zweitens eine durch diese Handlung bewirkte Besitzentziehung stattgefunden hat."

Allerdings ist zu berücksichtigen, daß auch der Mittler Besitz hat [23]), aber diese Tatsache schließt die Möglichkeit einer verbotenen Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer durch ihn nicht aus, denn der Vertrag, auf Grund dessen ihm vom mittelbaren Besitzer der unmittelbare Besitz eingeräumt ist, „gibt nur die Linien an, innerhalb welcher beide Teile sich zu bewegen haben, das Überschreiten dieser Linien ruft aber auf der einen oder anderen Seite einen Besitzanspruch ins Leben." [24])

Zu diesem Resultate müssen m. E. auch diejenigen kommen, die in dem mittelbaren Besitz eine reale Sachgewalt nicht sehen, insofern sie nämlich jenes objektive Moment, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, nicht leugnen können; in dieses können aber

offenbar sowohl der unmittelbare Besitzer wie Dritte mit oder ohne dessen Zustimmung eingreifen. [25])

Diese Auffassung führt aber dazu, dem mittelbaren Besitzer auch die Besitzschutzansprüche in vollem Maße sowohl gegen Dritte wie gegen den unmittelbaren Besitzer zuzubilligen.

Er hat also zunächst die gerichtlichen Ansprüche aus den §§ 861, 862.

Gegen Dritte kann er diese Klagen selbstverständlich nur richten auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, denn andernfalls würde er, wenn man ihm die Klage aus § 861 auf Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst gäbe, durch den Erwerb des unmittelbaren Besitzes mehr Rechte erhalten, als ihm zustehen. [26]) Hier kann er also zunächst nur verlangen, daß die Sache von dem Dejizienten wieder an den unmittelbaren Besitzer herausgegeben werde. Hat jener jedoch im Einverständnis mit diesem gehandelt, so läßt dies ebenso wie eine Entziehung durch den letzeren selbst auf dessen Willen schließen, daß er die Sache nicht wieder zurücknehmen will, weshalb in solchem Falle der mittelbare Besitzer die Herausgabe der Sache direkt an sich selbst gerade so gut verlangen kann, als bei einer Entziehung durch den unmittelbaren Besitzer. Dies folgt aus dem Zweck der Klage, eine Analogie aus § 869, wie sie Straaten [27]) anwendet, ist nicht nötig. [28])

Bei den Besitzklagen gegen den Mittler müssen wir jedoch in Rücksicht auf den § 866 eine Einschränkung machen. Dieser § bestimmt:

> „Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.“

Dies muß also auch für das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum unmittelbaren Besitzer gelten für den Fall, daß ersterer neben dem letzteren auch noch die Mitbenutzung der Sache hat, und es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauches, also um das Recht zum Besitz, handelt. In solchem Falle kann also der mittelbare Besitzer nicht im Besitzprozesse klagen, sondern bleibt auf die Ansprüche aus seinem dinglichen oder obligatorischen Recht, oder auf eine Feststellungs- oder Schadensersatzklage beschränkt. [29])

Da die gerichtlichen Besitzschutzmittel sich als eine Ergänzung des nicht für alle Fälle ausreichenden Schutzes durch Selbsthülfe

darstellen [30]), so müssen wir außer ihnen dem mittelbaren Besitzer auch den im § 859 dem „Besitzer“ gegebenen Selbsthülfeschutz zubilligen.

Wenn demgegenüber die Denkschrift (S. 114) und mit ihr die Gegner unserer Auffassung die Gewährung der Selbstschutzbefugnisse für entbehrlich halten, da die allgemeinen Vorschriften der §§ 227 fg. über Selbstverteidigung und Selbsthülfe dem mittelbaren Besitzer hinreichende Freiheit zur Wahrung seiner Rechte lassen, so ist hierauf zu erwidern, daß der im § 859 aufgestellte Selbstschutz weit ausgedehnter ist als der Schutz der §§ 227 fg.

Im § 227 zunächst ist nicht das Recht der Wiederbemächtigung enthalten, wie im Absatz 2 und 3 des § 859. [31]) Wenn Wendt [32]) trotzdem in ihm einen genügenden Schutz des mittelbaren Besitzers findet, weil nicht bloß der Besitzer selbst, sondern auch Andere für ihn zum Eingreifen berechtigt seien, der mittelbare Besitzer sich hierfür also nicht einmal auf seine Eigenschaft als Besitzer zu berufen brauche, so weist Kniep [33]) dem gegenüber mit Recht darauf hin, daß ein Anderer für den Dejizierten das Selbsthülferecht nur solange ausüben kann, als dieser selbst Willens ist, den Angriff von sich abzuwehren; dem mittelbaren Besitzer würde hiernach mit dem Rechte aus § 227 ein selbständiges Selbsthülferecht überhaupt nicht gewährt.

Bezüglich des § 229 aber ist zu sagen, daß ihm gegenüber das Selbsthülferecht aus § 859 nicht davon abhängig ist, daß obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Außerdem aber ist die Haftung bei Ausübung der Selbsthülfe, ohne daß ihre Voraussetzungen gegeben wären, im Falle des § 859 wesentlich leichter gegenüber der Haftung bei irrtümlicher Ausübung der im § 229 gegebenen Rechte; denn während hier eine Haftung auch ohne Verschulden für den dadurch entstehenden Schaden herbeigeführt werden kann (§ 231), haftet der irrtümlich die Rechte aus § 859 ausübende Besitzer nur nach den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen, also nur bei Verschulden. [34])

Warum soll also der dieser Art erleichterte und ausgedehnte Selbstschutz des Besitzers aus § 859 dem mittelbaren Besitzer versagt bleiben? Gewährt man ihm gegen verbotene Eigenmacht die gerichtlichen Schutzmittel, so liegt kein Grund vor, ihm bei derselben Voraussetzung das Selbsthülferecht abzusprechen [35]), zumal nach

§ 860 sogar der Besitzdiener jene Rechte, wenn auch nicht als selbständige [36]), ausüben darf, obwohl er doch an dem Schutze der Sache nicht im mindesten so interessiert ist, als der mittelbare Besitzer; dessen Interesse ist in den meisten Fällen zweifellos noch größer als das des unmittelbaren Besitzers, und daher ist es nicht zweckmäßig und dem praktischen Bedürfnisse nicht entsprechend, „ihm den besonderen Schutz, den gerade der Besitzschutz bietet, zu verkümmern.“ [37])

Aus denselben Gründen muß es ihm aber auch gestattet sein, einer verbotenen Eigenmacht seitens des unmittelbaren Besitzers oder von Personen, die mit dessen Einverständnis handeln, im Wege der Selbsthülfe sich zu erwehren. [38]) Denn wollte man ihm auch nur den Selbstschutz der §§ 227 fg. zugestehn, so würde er diesen doch auch sowohl gegen Dritte wie gegen den unmittelbaren Besitzer haben [39]), da er hier nicht in seiner Eigenschaft als Besitzer handeln würde. Wenn Kober [40]) dem gegenüber meint, die Verleihung des unmittelbaren Besitzes sei immer mehr oder weniger eine Vertrauenssache, wozu das Hineintreten eines Gewaltmomentes nach § 859 nicht passen würde, so müßte man dem mittelbaren Besitzer auch die Selbsthülferechte aus den §§ 227 fg. gegenüber dem unmittelbaren Besitzer versagen, denn auch in diesen liegt ein Gewaltmoment, und zudem entspricht er m. E. mehr der natürlichen Anschauung, gerade gegen einen Vertrauensbruch mit aller Schärfe vorgehn zu dürfen.

Auch hier müssen wir aber in Rücksicht auf den § 866 dieselbe Einschränkung machen wie oben, falls es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.

II. Weit häufiger als eine Verletzung des mittelbaren Besitzers allein werden die Fälle sein, bei denen gegen den unmittelbaren Besitzer als den tatsächlichen Sachinhaber verbotene Eigenmacht verübt worden ist.

1. Wenn darin gleichzeitig eine Verletzung des mittelbaren Besitzers liegt, so folgt schon aus dem unter I. Gesagten, daß dann auch diesem sowohl der Selbstschutz wie der Gerichtsschutz zukommen muß; er hat also die Besitzschutzansprüche selbständig neben dem unmittelbaren Besitzer.

2. Wie aber, wenn nur der unmittelbare Besitzer verletzt ist?

Die Frage führt uns zur näheren Erörterung des § 869, der, wie oben schon erwähnt, die einzige Bestimmung enthält, die direkt

von einem Schutze des mittelbaren Besitzers spricht. Wer aus diesem Grunde in ihm eine erschöpfende Regelung der dem mittelbaren Besitzer gesetzlich zuerkannten Besitzansprüche sieht, kann diesem daher possessorischen Schutz überhaupt nur unter der Voraussetzung geben, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt ist, und zudem auch nur beschränkt auf die Gerichtshülfe der §§ 861, 862, da der § 859 im § 869 keine Aufnahme gefunden hat.

M. E. bringt jedoch das Gesetz im Satz 1 des § 869 den nicht selbstverständlichen Gedanken zum Ausdruck, **daß, wenn verbotene Eigenmacht verübt ist nur gegen den unmittelbaren Besitzer, ohne daß der mittelbare Besitzer davon an sich betroffen ist, es dann doch so gehalten werden solle, als ob darin gleichzeitig eine Verletzung des mittelbaren Besitzers liege.**

Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß eine Verletzung des unmittelbaren Besitzers allein nicht möglich sei, woraus folgen würde, daß alle Fälle einer verbotenen Eigenmacht gegen ihn für den mittelbaren Besitzer sich mit dem unter 1. genannten Fall decken würden. Jene Auffassung geht vielmehr von dem Gedanken aus, daß eine Entziehung oder Störung wenn auch nur des unmittelbaren Besitzers jedenfalls doch auch für den mittelbaren Besitzer von so großem Interesse ist, daß es diesem verstattet sein muß, in allen Fällen der Verübung einer verbotenen Eigenmacht dieser Widerrechtlichkeit aktiv entgegenzutreten und zur Wiederherstellung des gefährdeten Besitzstandes mitzuwirken. Er handelt dabei also lediglich in seinem eigenen und nicht nur im Interesse des unmittelbaren Besitzers, wenn naturgemäß auch gleichzeitig für diesen.[41]) Allein auf den letzteren ist jeglicher Besitzschutzanspruch selbstverständlich beschränkt, wenn dessen Besitz mit Einwilligung des mittelbaren Besitzers verletzt worden ist, denn in diesem Falle fehlt es für die gleichzeitige Verletzung des mittelbaren Besitzers an dem Moment der Widerrechtlichkeit, da sein Interesse mit seinem Willen (nicht „ohne“) angegriffen ist.

Diese Auffassung über den Zweck und die Bedeutung des Satzes 1 im § 869 verträgt sich m. E. auch am besten mit der Besitztheorie des B. G. B., nach dér ein Besitzanspruch nur da entsteht, wo der Besitzstand durch verbotene Eigenmacht verletzt ist: eben weil in einer Verletzung des unmittelbaren Besitzes auch eine solche des mittelbaren Besitzes zu sehen ist, soll auch der mittelbare Besitzer possessorischen Schutz genießen.

Aber auch nur diesen einen Gedanken will der Satz 1 des § 869 m. E. zum Ausdruck bringen. Der Grund zu dieser Bestimmung liegt aber wiederum darin, daß der mittelbare Besitzer auch „Besitzer" ist, so daß sein Recht zur Ausübung des Besitzschutzes auch in diesem Falle prinzipiell wieder aus seiner im § 868 ausgesprochenen Gleichstellung mit dem unmittelbaren Besitzer sich ergibt; hieraus ergibt sich dann auch, daß dieser Besitzanspruch ihm als ein selbständiger zusteht, dessen Ausübung wohl eine gegen den Besitzmittler gerichtete verbotene Eigenmacht voraussetzt, dagegen nicht auch davon abhängig ist, ob der Mittler von seinem Klagerecht Gebrauch machen will oder nicht.

Der Satz 1 des § 869 ist darum auch durchaus nicht überflüssig; das was er für den Schutz des mittelbaren Besitzers ausspricht, ist nicht bereits im § 868 in Verbindung mit den §§ 861, 862 gesagt, wie dies Straaten[42]) meint; denn dieser Schutz kommt doch nur in Betracht für den Fall, daß gegen den mittelbaren Besitzer allein verbotene Eigenmacht verübt ist[43]), während Satz 1 des § 869 von der gegen den unmittelbaren Besitzer gerichteten verbotenen Eigenmacht ausgeht und es für diesen Fall einer Regelung bedurfte, ob man nur dem unmittelbaren Besitzer oder neben ihm auch dem mittelbaren Besitzer Besitzschutz geben wollte. Diese Regelung ist hier in der Weise getroffen, daß bei einer Verletzung des unmittelbaren Besitzes der Mittler klagen kann auf Grund der §§ 959, 861, 862, außer ihm aber auch noch der mittelbare Besitzer auf Grund des § 869 Satz 1 i. V. mit § 868.

Auf Grund dieser Auffassung löst sich auch leicht die als Einwand gegen den unbeschränkten Besitzschutz des mittelbaren Besitzers aufgeworfene Frage, warum nicht auch der § 859 im § 869 Satz 1 miterwähnt sei. Denn das Selbsthülferecht steht nach der von mir vertretenen Auffassung von der Bedeutung des § 869 Satz 1 dem mittelbaren Besitzer eben schon auf Grund des § 868 zu; die §§ 861, 862 sind — um dies hier vorwegzunehmen — bei der Festlegung jenes Gedankens allein aufgeführt lediglich in Rücksicht auf den gleich zu behandelnden weiteren Zweck des § 869, der in seinen folgenden Bestimmungen dazu dienen soll, die durch die Eigenart des mittelbaren Besitzverhältnisses mögliche Kollision bei Verfolgung der gerichtlichen Besitzansprüche durch beide Besitzer zu regeln.

Diese Kollision ist nach dem bisher Ausgeführten für beide unter 1) und 2) behandelten Fälle gleichmäßig gegeben, nur beruht sie auf verschiedenen Gründen:

zu 1): §§ 859, 861, 862 gegenüber § 868,

zu 2): §§ 859, 861, 862 gegenüber § 869 Satz 1 i. V. mit § 868.

Da nun im Falle des § 861 nicht beide Besitzer die Sache an sich selbst heraus verlangen können, so war die Bestimmung nötig, daß bei Besitzentziehung der mittelbare Besitzer nur die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer, und nur, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen kann. — (Dasselbe muß gelten für den Abholungsanspruch aus § 867; s. im Folgenden § 6.)

Man wende nicht ein, daß der Satz 2 des § 869 in Rücksicht auf unsere Entscheidung des Falles zu I (s. S. 28) überflüssig wäre; bei I geht das Interesse des mittelbaren Besitzers nur dahin, seinen mittelbaren Besitz zu erhalten, und erst, wenn auch der unmittelbare Besitzer sich dem entgegenstellt, auf Herausgabe der Sache, d. h. Erwerb des unmittelbaren Besitzes; im Falle des Satz 1 § 869 geht das Interesse des mittelbaren Besitzers m. E. von vornherein auch auf Wiedererlangung des Besitzes überhaupt; da aber hierauf schon der unmittelbare Besitzer aus § 861 klagen kann, so war die Bestimmung nötig, welche Gestalt daneben der Anspruch des mittelbaren Besitzers haben soll.

Allerdings ergibt sich dann, daß auch die Erwähnung des § 862 im Satz 1 des § 869 überflüssig ist, da die Verfolgung des Anspruches auf Beseitigung bezw. Unterlassung von Störungen seitens beider Besitzer keine Kollision herbeiführen kann; doch möchte ich mit Klein [44]) annehmen, daß der § 862 nur wegen seiner Zugehörigkeit und gleichen Regelung mit dem § 861 als eines gerichtlichen Anspruches mit aufgeführt ist.

Auffallend kann es dann aber auch nicht sein, daß der § 859 im Satz 1 des § 869 keine Aufnahme gefunden hat, denn bei der Ausübung des Selbsthülferechtes kann ebenfalls eine Kollision nicht Platz greifen. Wenn aber in einer verbotenen Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer zugleich eine solche gegen den mittelbaren Besitzer liegen soll, so muß dies notwendig auch für die verbotene Eigenmacht gelten, die dem Besitzer das Recht zur Selbsthülfe gewährt, denn verschiedene Grade von verbotener Eigenmacht kennt das Gesetz nicht, und sind die Voraussetzungen für zwei verschieden geartete Ansprüche dieselben, so kann man schlechterdings bei ihrem

Dasein gegenüber derselben Person dieser den einen Anspruch nicht geben und den anderen versagen.

Auch aus diesen Gründen ist dem mittelbaren Besitzer der Selbsthülfeschutz zuzubilligen, wenn dies aus dem § 869 Satz 1 ausdrücklich auch nicht hervorgeht.

Zu diesem Resultate kann man aber nur kommen auf Grund der hier vertretenen Auffassung, daß in einer gegen den unmittelbaren Besitzer verübten verbotenen Eigenmacht zugleich eine Verletzung des mittelbaren Besitzers liegt; andernfalls muß man m. E. aus dem Schweigen des Gesetzes konsequenterweise folgern, daß ihm für den im § 869 behandelten Fall die Selbsthülfebefugnisse des § 859 versagt bleiben sollen.[45])

Aus alledem dürfte zur Genüge hervorgehen, daß der § 869 eine erschöpfende Regelung für den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers nicht geben will. Er behandelt einmal den besonderen, durch § 868 nicht mitbetroffenen Fall einer verbotenen Eigenmacht nur gegen den unmittelbaren Besitzer, aus der auch dem mittelbaren Besitzer die Besitzansprüche erwachsen sollen (Satz 1); sodann will er die sowohl hier (Fall 2) als durch eine gleichzeitige Verletzung beider Besitzer (Fall 1) mögliche Kollision zweier selbständiger Besitzansprüche regeln (Satz 2).

§ 6.

2) **Der Abholungsanspruch** (§§ 867, 869).

Auch der Abholungsanspruch aus § 867 steht dem mittelbaren Besitzer zu, falls die Sache aus seiner Gewalt auf ein im Besitze eines Anderen befindliches Grundstück geraten ist, und zwar ebenfalls zunächst als sein eigenes, selbständiges Recht; dies folgt für uns wieder aus dem im § 868 aufgestellten Prinzipe.[46]) Der Satz 3 des § 869 bezweckt m. E. auch für diesen Fall nichts anderes, als die hierdurch mögliche Kollision mit dem gleichen Anspruch des unmittelbaren Besitzers zu regeln.[47]) In diesem Falle kann dann der mittelbare Besitzer zunächst nur verlangen, daß dem unmittelbaren Besitzer die Aufsuchung und Wegschaffung gestattet werde, und nur für den Fall, daß dieser den Besitz der Sache nicht wieder übernehmen kann oder will, kann er das Recht der Abholung für sich in Anspruch nehmen.

Dieser Standpunkt ist die notwendige Konsequenz aus der Auffassung, daß der § 869 keine ausschließliche Regelung für den Be-

Besitzschutz des mittelbaren Besitzers geben will, andernfalls würde sich m. E. der Wortlaut des Satzes 3 im § 869 mit jener Auffassung nicht vertragen. Denn aus ihm folgt, daß, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz wieder übernehmen kann oder will, der mittelbare Besitzer nicht verlangen kann, daß ihm die Abholung gestattet werde; gewähren wir ihm aber diesen Anspruch gemäß seiner Gleichstellung mit dem unmittelbaren Besitzer aus § 868, so bleibt doch nichts anderes übrig, als daß dieser Anspruch nur darauf gerichtet sein kann, die Aufsuchung und Wegschaffung dem unmittelbaren Besitzer zu gestatten.[48])

Anhang.

§ 7.

Das Privatpfändungsrecht.

Außer den Besitzschutzansprüchen des B. G. B. finden sich auch noch im Landesrecht Schutzbestimmungen, die durch Artikel 89 des Einführungsrechtes zum B. G. B. aufrecht erhalten bleiben. — In Betracht kommen hier für Preußen das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 und, soweit es sich nicht um die in diesem Gesetz geordneten Pfändungen wegen Weidefrevels und unbefugten Gehens, Fahrens, Reitens und Viehtreibens über fremde Grundstücke handelt, auch noch das A. L. R. I 14 §§ 413 fg. Das in diesen Gesetzen zum Schutze von Grundstücken gewährte Privatpfändungsrecht stellt sich dar als ein erlaubter Akt der Selbsthülfe. Berechtigt zur Pfändung ist jeder, der durch die Störung in seinem rechtlichen Interesse betroffen wird, also der verletzte Besitzer und Nutzungsberechtigte.[49])

Als interessiert ist aber nach unserer Auffassung bei einem in doppeltem Besitz stehenden Grundstück auch der mittelbare Besitzer anzusehen. Daher ist auch ihm jenes Selbsthilferecht zuzubilligen, zumal das Feld- und Forstpolizeigesetz schlechthin von „Besitzer" spricht (vgl. §§ 69 fg.). Wollte es hierunter auch fernerhin nur den unmittelbaren Besitzer verstehen, so hätte das Ausführungsgesetz zum B. G. B. in Rücksicht auf den mittelbaren Besitzbegriff des B. G. B. eine dahin lautende Beschränkung treffen müssen.

In Analogie von § 869 ist aber m. E. auch hier anzunehmen, daß der mittelbare Besitzer, der wegen einer gegen den unmittel-

baren Besitzer gerichteten Störung von seinem Pfändungsrecht Gebrauch macht, den erhaltenen Schadensersatz oder [50]) das an ihn gezahlte Pfandgeld an den unmittelbaren Besitzer herauszugeben hat, und das eine oder andere für sich nur dann behalten darf, wenn der unmittelbare Besitzer es nicht annehmen kann oder will (etwa weil er den durch die Störung seines Besitzes auch dem mittelbaren Besitzer erwachsenen Schaden diesem gönnt).

β) Petitorischer Besitzschutz.

§ 8.

1) Die Fahrnisklage (§ 1007).

Zur Verfolgung des Besitzrechtes, das bei Verlust der gegenwärtigen und unmittelbaren Besitzgewalt an einen Schlechterberechtigten in dem Anspruche zum Besitze fortbestehen bleibt, gewährt das Gesetz im § 1007 für bewegliche Sachen einen ausgedehnten und erleichterten Schutz.

Erste und in jedem Falle erforderliche Voraussetzung für diese Klage ist der frühere Besitz des Klägers.

Auch hier genügt aber früherer mittelbarer Besitz. [51])

Denn nach § 1007 hat die Klage, „wer eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat“, also derjenige, welcher zu irgendeiner Zeit (natürlich innerhalb der letzten dreißig Jahre) Besitzer der Sache gewesen ist. Nach unserer Auffassung hat aber der Besitzer einer Sache dadurch, daß er einem Anderen an ihr unmittelbaren Besitz eingeräumt hat, seinen eigenen Besitz nicht eingebüßt, sondern er setzt ihn fort als mittelbarer Besitzer und wird in dieser Eigenschaft als wahrer Besitzer der Sache anerkannt.

Wollte man übrigens den klagenden mittelbaren Besitzer zwingen, stets auf seinen unmittelbaren Besitz zurückzugehen, so wäre das um so unbilliger, als ihm damit die erleichterte Rechtsverfolgung aus § 1007 in dem Falle ganz versagt bliebe, wo er niemals in unmittelbarem Besitz der Sache gestanden hat, sondern z. B. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gleich mittelbarer Besitz auf ihn übergegangen ist. [52])

Der § 1007 unterscheidet nun zwei Arten der Besitzverfolgung: Diese richtet sich entweder gegen den gegenwärtigen bös-

gläubigen (Absatz 1) oder den gegenwärtigen gutgläubigen Besitzer (Absatz 2).

Den Grund jener Klage kann der belangte Besitzer bestreiten[53]) mit der Behauptung, der frühere Besitzer habe seinen Besitz freiwillig[54]) aufgegeben, Fundament für diese Klage ist, daß die Sache dem früheren Besitzer unfreiwillig[54]) abhanden gekommen ist.

Zweifelhaft ist nun, ob, wenn jene Behauptung dem unmittelbaren Besitzer mit Recht entgegengestellt werden kann, sie auch zur Klageabweisung des mittelbaren Besitzers führt, m. a. W. ob der vom unmittelbaren Besitzer aufgegebene Besitz als ein auch vom mittelbaren Besitzer aufgegebener anzusehen ist.

„Aufgegeben“ ist der Besitz einer Sache, wenn die Herbeiführung des Verlustes der tatsächlichen Gewalt (§ 856 Abs. 1) durch den Besitzer selbst erfolgt[55]), dieser sich also seiner tatsächlichen Gewalt kraft eigenen selbständigen Willens, „freiwillig“, entschlägt, indem er die Sache z B. wegwirft oder an einen Dritten veräußert und überträgt (nicht, wenn er selbst noch Besitz zurückbehält, etwa als mittelbarer Besitzer, oder indem er die Sache einem Besitzdiener übergibt; vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 60).

Entledigt sich aber der unmittelbare Besitzer auf solche Weise selbständig, ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers, seines Besitzes, so erlischt dadurch zwar das mittelbare Besitzverhältnis, sein Erlöschen ist aber m. E. nicht herbeigeführt durch ein „Aufgeben“ des Besitzes seitens des mittelbaren Besitzers, denn von dessen freiem Willen kann hierbei nicht die Rede sein; das „Freiwillig“ gehört aber zum Begriff „aufgeben“, der dem „aufgehoben werden“ nicht gleichgestellt werden kann.

Entscheidend ist also allein der Wille des mittelbaren Besitzers. Erst wenn dieser die ihn durch sein Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer mit der Sache noch verbindende tatsächliche Machtbeziehung freiwillig löst und seinen dahin gehenden Willen ausdrücklich betätigt, indem er z. B. der Besitzaufgabe des unmittelbaren Besitzers zustimmt, erst dann hat er seinen mittelbaren Besitz „aufgegeben“. Ihm den Willen des Mittlers anrechnen, wie Wendt dies in Rücksicht auf das nach ihm zwischen den beiden Besitzern bestehende Vertreterhältnis will[56]), ist hiernach verfehlt und, wie schon oben (§ 1) ausgeführt, auch unvereinbar mit dem Wesen des mittelbaren Besitzers, dessen Bestand dann überhaupt von dem bloßen Willen des unmittelbaren Besitzers abhängen würde.

Die Folge unserer Auffassung ist, daß, wenn auch der unmittelbare Besitzer seinen Besitz aufgegeben hat, dennoch der mittelbare Besitzer gegen den gegenwärtigen bösgläubigen Besitzer der Sache aus Absatz 1 klagen kann, ohne daß diesem der Einwand aus Absatz 2 Satz 1 zur Seite stände.

Die entgegengesetzte Ansicht [57]) führt zu dem offenbar unbilligen Ergebnis, daß der mittelbare Besitzer den petitorischen Anspruch aus § 1007 Abs. 1 überhaupt nicht hat, so daß er also lediglich auf die Ansprüche aus seinem Recht beschränkt wäre.

Liegt so zwar in dem Verhalten des unmittelbaren Besitzers kein freiwilliger Besitzverlust für den mittelbaren Besitzer, so ist aber m. E. andererseits diesem die Sache dadurch auch nicht „abhandengekommen" im Sinne des Absatzes 2, d. h. ganz unfreiwillig aus seinem Besitz gekommen. Denn dadurch, daß der mittelbare Besitzer seine Sache dem unmittelbaren Besitzer anvertraut hat, hat er, wenn auch seinen Besitz nicht „aufgegeben", so sich doch freiwillig der Gefahr ausgesetzt, seinen Besitz durch eine böswillige Verfügung des Mittlers zu verlieren; insofern kommt für den Besitzverlust also auch noch sein Verhalten in Betracht. Deshalb ist es aber billig, den mittelbaren Besitzer „im Verhältnisse zum gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer solchen Verfügung treffen zu lassen" [58]), und nach dem Grundsatze „Hand wahre Hand" dem mittelbaren Besitzer den Anspruch aus § 1007 Abs. 2 gegen den gutgläubigen Erwerber zu versagen.[59])

Aus den gleichen Gründen liegt dann aber für den Fall, daß der unmittelbare Besitzer die Sache unterschlägt, darin für den mittelbaren Besitzer weder ein (freiwilliges) Aufgeben des Besitzes noch ein (unfreiwilliges) Abhandenkommen. Daher kann der mittelbare Besitzer die Klage aus Absatz 1 auch gegen den unmittelbaren Besitzer erheben, solange dieser im Besitz der Sache ist. Praktischen Wert hat diese Klage freilich nur, wenn der mittelbare Besitzer die possessorischen Rechtsmittel durch Zeitablauf verwirkt hat oder ihm eine Klage auf Grund seines obligatorischen Rechtsverhältnisses oder aus dinglichem Recht der Sache nicht zu Gebote steht. [60])

Bei dem Anspruch aus Absatz 2 hat der Kläger im Streitfalle zu beweisen, daß ihm die Sache „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist". Er muß also seine tatsächliche Gewalt ohne seinen Willen verloren haben (vgl. § 940 Abs. 2). Verliert aber der unmittelbare Besitzer auf diese Weise seinen Besitz, so liegt darin offenbar auch für den mittelbaren Be=

sitzer ein Abhandenkommen seines Besitzes (vgl. § 935 Abs. 1 Satz 2). Folglich kann in solchem Falle auch der mittelbare Besitzer gegen den gutgläubigen Besitzer der Sache mit der Klage aus Absatz 2 vorgehen. [61]) Die Klage geht in beiden Fällen auf endgültige Herausgabe der Sache an den früheren Besitzer. Richtet sie sich gegen den unmittelbaren Besitzer, so kann sie, solange das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer noch besteht, nur auf Wiedereinräumung des mittelbaren Besitzes gehn. Richtet sie sich aber gegen Dritte, so kann der mittelbare Besitzer gemäß § 1007 Abs. 3 in Verbindung mit § 986 Abs. 1 [62]) nur die Herausgabe der Sache an den unmittelbaren Besitzer, und nur, wenn dieser die Sache nicht zurücknehmen kann oder will, an sich selbst verlangen.

In vielen Fällen wird allerdings das dem mittelbaren Besitze zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem mittelbaren Besitzer eine Handhabe bieten, seine Verpflichtung gegenüber dem unmittelbaren Besitzer infolge dessen unbefugten Verhaltens ohne weiteres zu lösen, so daß er dadurch die sofortige Herausgabe an sich selbst verlangen kann (vgl. z. B. § 553).

§ 9.

2) Der Besitzbereicherungsanspruch (§ 812 fg.).

Gegenstand dieses Anspruches ist eine grundlose Vermehrung des Vermögens auf Kosten eines anderen durch den Erwerb des Besitzes einer Sache oder eines Rechts. Zu letzterem gehört aber hier, wie schon nach gemeinem Recht so auch nach dem B. G. B. (wer „etwas“ erlangt), der Besitz, da er, wenn auch kein jus im eigentlichen Sinne, so doch „ein mit erheblichen Rechtswirkungen bekleidetes ökonomisches Rechtsgut“ ist und sein Erwerb also die Rechtsstellung des Erwerbes verbessert. [63]) Die durch ihn geschaffene „wertvolle Rechtsposition“ gewährt aber, wie wir zu Eingang unseres besonderen Teiles gesehen haben, auch der mittelbare Besitz. Insoweit daher dem mittelbaren Besitzer durch den ungerechtfertigten Besitz eines Anderen jene Rechtsposition geschmälert wird, muß auch ihm der Besitzberechtigungsanspruch zum Schutze dienen.

Eine solche Besitzbereicherung ist aber für ihn geschaffen, sobald jemand auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund mittelbaren oder unmittelbaren Besitz an seiner Sache ausübt. [64])

So kann z. B. A seinen mittelbaren Besitz von B kondizieren, wenn er diesem seinen mittelbaren Besitz auf Grund eines ungültigen obligatorischen Rechtsgeschäftes durch Abtretung des Herausgabeanspruches gemäß § 870 übertragen hat, oder wenn mit einer an sich rechtsgültigen Übertragung ein bestimmter Ersatz bezweckt wurde, der nicht eingetreten ist (§ 812 fg.), denn in beiden Fällen hat B den mittelbaren Besitz „ohne rechtlichen Grund“ auf Kosten des A erlangt.

Ein solcher Anspruch gegen den unberechtigten Besitzer steht dem geschädigten mittelbaren Besitzer aber nicht nur zu für den Fall, daß ein Dritter ihm lediglich den mittelbaren Besitz eigenmächtig oder auch mit seinem Willen ohne rechtlichen Grund vorenthält, sondern auch, falls der Dritte dem unmittelbaren Besitzer dessen Besitz ungerechtfertigt vorenthält. Denn da der Verlust des unmittelbaren Besitzes grundsätzlich auch den des mittelbaren Besitzes mit sich bringt [65]), so ist auch der auf Kosten des unmittelbaren Besitzers Bereicherte dadurch zugleich auf Kosten des mittelbaren Besitzers bereichert. [66]) Zu dieser Auffassung führt uns außerdem der von uns bezüglich der Besitzschutzansprüche des mittelbaren Besitzers vertretene Standpunkt, wonach der mittelbare Besitzer auch aus einer gegen den unmittelbaren Besitzer verübten verbotenen Eigenmacht einen selbständigen Besitzanspruch um deswillen hat, weil darin gleichzeitig eine Verletzung auch des mittelbaren Besitzers zu erblicken ist.

Gegen Dritte kann er also wie im analogen Fall des § 869 Satz 2 seinen Bereicherungsanspruch zunächst nur auf Herausgabe der Sache an den unmittelbaren Besitzer richten, und erst wenn dieser sie nicht in seinen Besitz zurücknehmen kann oder will, kann er Herausgabe an sich selbst verlangen, denn andernfalls würde er wiederum mehr erhalten, wie der Bereicherte auf seine Kosten erlangt hat.

Gegen den unmittelbaren Besitzer hat er den Besitzbereicherungsanspruch, wenn das den mittelbaren Besitz begründende Rechtsverhältnis auf einem unwirksamen obligatorischen Vertrage beruht, oder wenn nach Ablauf der Zeit, für welche der unmittelbare Besitzer zum Besitze berechtigt war, dieser den Besitz eigenmächtig fortsetzt. In beiden Fällen übt der unmittelbare Besitzer seinen Besitz ohne rechtlichen Grund auf Kosten des mittelbaren Besitzers aus, wodurch für diesen gegen ihn ein Anspruch auf Herausgabe begründet wird. [67])

γ) Accessorische Ansprüche.

§ 10.

1) Schadensersatz.

Der privatrechtliche Anspruch auf Schadensersatz (§ 823 fg.) bezweckt, die durch schuldhafte Verletzung eines Rechts entstandenen Nachteile wieder auszugleichen; er bildet also die Ergänzung für die Rechtsbehelfe und Schutzmittel, welche das Gesetz gegen die Verletzung des Rechtes selbst gewährt.

Geben wir daher dem mittelbaren Besitzer jene Rechtsbehelfe in dem Gerichts- und Selbsthülfeschutz, so müssen wir ihm auch deren Surrogate geben, und zwar auch in demselben Umfange wie jene, also sowohl gegen Dritte wie gegen den unmittelbaren Besitzer, und hier sowohl neben ihm, falls gegen ihn allein verbotene Eigenmacht verübt ist (§ 869), als auch unabhängig von ihm, wenn der mittelbare Besitzer allein verletzt ist (§ 868).

Dabei ist die Streitfrage ohne Belang, ob der Besitz ein Recht[68]) ist oder nicht, ob also die aus seiner Verletzung entspringenden Schadensersatzansprüche sich gründen auf den Absatz 1 oder Absatz 2 des § 823. Im letzteren Falle würde sich der § 859 Abs. 1 als das den Schutz des Besitzes bezweckende Gesetz darstellen, insofern er die verbotene Eigenmacht für widerrechtlich erklärt. [69]) Verbotene Eigenmacht liegt aber nach unseren Ausführungen in sämtlichen vorhin aufgeführten Fällen vor. [70])

Nach § 851 wird der Ersatzpflichtige durch gutgläubige Leistung des Ersatzes an denjenigen, „in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befunden hat, auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigentümer der Sache war . . .“

Wie Planck[71]) sagt, „verwertet hier das Gesetz den Satz des § 1006, der zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die Vermutung aufstellt, daß er Eigentümer der Sache sei.“ Da aber der Absatz 3 des § 1006 jene Vermutung ausdrücklich zugunsten des mittelbaren Besitzers im Falle eines Doppelbesitzes sprechen läßt, so erhellt hierdurch ohne weiteres, daß auch der mittelbare Besitzer zum Empfang des Schadens nach § 851 legitimiert erscheint. [72])

§ 11.

2) **Bereicherung.**

Dasselbe gilt für die Bereicherungsklagen. Kann der mittelbare Besitzer den unmittelbaren wie mittelbaren Besitz kondizieren, so kann er vom unberechtigten Empfänger auch das als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen, was dieser auf Grund des erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben hat, sowie die gezogenen Nutzungen.

§ 12.

δ) Das Ablösungsrecht (§ 268).

Der § 268 Abs. 1 Satz 2 gibt dem Besitzer einer Sache, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung in die in seinem Besitz befindliche Sache eines Dritten seitens dessen Gläubigers seinen Besitz an der Sache zu verlieren, die Befugnis, den Gläubiger zu befriedigen.

Unter „Besitz“ ist hier aber auch der mittelbare Besitz zu verstehen.[73])

Denn durch die gemäß §§ 808, 828 fg. Z. P. O. betriebene Zwangsvollstreckung wird, wie wir oben (§ 2) gesehen haben, ein neues mittelbares Besitzverhältnis zwischen dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Schuldner, falls ihm der Besitz der Sache belassen wird, begründet. Dies hat aber notwendig für den bisherigen mittelbaren Besitzer den Untergang seines mittelbaren Besitzes zur Folge; die „Gefahr“ des Besitzverlustes läuft dieser also ebensogut wie der unmittelbare Besitzer. Ihr gegenüber würde aber ein Befriedigungsrecht des unmittelbaren Besitzers allein nicht genügen, denn dann müßte in Analogie des § 869 auch der Fall vorgesehen sein, daß der unmittelbare Besitzer sein Befriedigungsrecht nicht ausüben kann oder will, und daß für diesen Fall der mittelbare Besitzer jenes Recht haben soll.

b) Passivlegitimation.

Unserem Grundsatze, daß das B. G. B. unter Besitz überall auch den mittelbaren Besitz mitversteht, entspricht es, daß der mittelbare Besitz nicht nur mit allen Rechten ausgestattet ist, wie der ge-

wöhnliche Besitz, sondern daß er auch die Pflichten, die das Gesetz dem Besitz als solchen auferlegt, zu tragen hat, daß er vor allem überall da, wo ein Dritter sein Recht gegen den Besitzer geltend machen und mit den Mitteln des Gesetzes durchführen will, auch der mittelbare Besitzer der rechte Beklagte ist.

§ 13.

1) Passivlegitimation gegenüber der rei vindicatio.

Wir haben gezeigt, daß der mittelbare Besitzer wahrer Besitzer ist, daß ihm trotz der Weggabe der Sache an den Besitzmittler doch in seinem mittelbaren Besitz eine reale Sachherrschaft verbleibt. Ist er daher nicht zugleich Eigentümer der Sache, so wird durch seine tatsächliche Gewalt die Eigentumssphäre des wahren Eigentümers notwendig auch tatsächlich eingeengt, da er diesem die volle Beherrschung der Sache in allen ihren Beziehungen nicht ermöglicht. Da aber dessen Eigentum die Befugnis umfaßt, rechtlich wie tatsächlich über seine Sache zu verfügen und Dritte von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen (§ 903), so muß die rei vindicatio ihm auch gegen den mittelbaren Besitzer insoweit zustehn, als dieser seine Sachherrschaft im Widerspruch zum Eigentum für sich in Anspruch nimmt und ausübt.

Über die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer kann also derjenige nicht im Zweifel sein, der mit uns jene Auffassung von der realen Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers teilt. Zudem spricht auch der § 985 schlechthin von „Besitzer“:

> „Der Eigentümer kann von dem B e s i t z e r die Herausgabe der Sache verlangen“,

und eine Ausnahme von der Regel, daß darunter auch der mittelbare Besitzer zu verstehen ist, ergibt sich hier aus dem Zusammenhange nicht. [74])

Gleichwohl wäre es ein Fehler, gestützt auf diese einfache Konsequenz über die gegenteilige Ansicht W e n d t's [75]) hinwegzugehen, ohne dessen Beweisführung zu prüfen und auf ihren Bestand zu erproben. Dabei wird sich zugleich die Richtigkeit unserer Auffassung noch aus anderen, vor allem praktischen Gründen ergeben, als aus dem bloßen Wortlaut des § 985 i. V. mit dem § 868.

W e n d t findet die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittlebaren Besitzer bestätigt durch die Rechtsentwickelung und in

der Entstehungsgeschichte des B. G. B. und sucht sie weiter zu begründen auf Grund einzelner Bestimmungen des Gesetzbuches selbst und aus dem Zweck und Inhalt der Eigentumsklage.

Im römischen Recht entspricht zwar die Stellung des Verpfänders in gewisser Weise der unseres mittelbaren Besitzers, insofern er trotz der Abgabe seines juristischen Besitzes an den Pfandgläubiger gleichwohl noch als possessor angesehen wurde, allerdings nur als possessor ad unam tantum causam, ad usucapionem.[76] Aber die Tatsache, daß die rei vindicatio gegen ihn als Besitzer von den Römern verweigert wurde[77], als berechtigte Analogie auf unseren mittelbaren Besitzer auszudehnen, darin geht Wendt[78] sicherlich zu weit, denn einmal ist der Verpfänder im römischen Recht als Usukapionsbesitzer ein Besitzer ganz anderer Art als heute der mittelbare Besitzer im B. G. B., sodann aber ist, selbst wenn man mit Wendt[79] auch den mittelbaren Besitzer des B. G. B. nur als einen Besitzer ad unam tantum causam, nämlich in Rücksicht auf den § 869, gelten lassen will, diese una causa heute doch eine ganz andere als beim römischen Verpfänder; hier handelte es sich um eine Fortsetzung der Ersitzung, dort um einen besonders geregelten Besitzschutz. Sodann aber bedeutet, wie schon früher betont wurde[80], die Aufstellung des mittelbaren Besitzbegriffes keineswegs einen Rückfall in die „verlassenen Bahnen" des römischen Rechts, vielmehr hat das B. G. B. diese Bahnen in seiner Lehre vom Besitz grundsätzlich verlassen[81], und darum vermag ein Rückgriff Wendt's auf das römische Recht gerade hier ein wenig glückliches Argument abzugeben.

Wendt stützt sich weiter auf die Protokolle der zweiten Kommission.[82]

Allerdings ergeben diese, daß eine Minderheit zu wiederholten Malen erfolglos versucht hat, die rei vindicatio auf den mittelbaren Besitzer dahin auszudehnen, daß dieser auf Einräumung des mittelbaren Besitzes verklagt werden könne, sie berichten sogar, daß ein entgegengesetzter Antrag zur Annahme gelangte, der in einem Zusatz zum § 899 ausdrücklich die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer aussprach. Allein dieser Zusatz wurde in der Schlußrevision wieder gestrichen, „weil es in der Tat auffällig erscheinen würde, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer, und nur in Ansehung der Passiv-

legitimation bei der rei vindicatio nicht als Besitzer behandelt würde.“ [83])

Aus der Entstehungsgeschichte des B. G. B. kann daher ein Argument gegen die Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer nicht hergeleitet werden. [84])

Weiter bezeugen nach Wendt einzelne Bestimmungen des B. G. B. selbst die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer.

So werde im § 986 der mittelbare Besitzer neben dem unmittelbaren genannt in Beziehungen, welche zu einer Verweigerung der Herausgabe berechtigen. [85]) § 986 lautet:

> „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.“

Allerdings setzt dies, wie Wendt hervorhebt, eine Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer, den »verus possessor«, voraus, und von Anträgen gegen den mittelbaren Besitzer ist nicht die Rede, aber es handelt sich doch auch nur um ein Einwendungsrecht gerade des unmittelbaren Besitzers gegenüber der rei vindicatio des Eigentümers, und eben darum kann es nicht auffällig erscheinen, daß von dem mittelbaren Besitzer im § 986 nicht gesprochen ist. [86]) Keinesfalls aber berechtigt die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den unmittelbaren Besitzer zu dem Schlusse, daß diese Klage nicht auch gegen den mittelbaren Besitzer angestrengt werden könne, denn nirgends findet sich die Bestimmung, daß die Klage gegen den unmittelbaren Besitzer das Klagerecht des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer konsumiert. [87])

Dasselbe gilt von dem Beweise, den Wendt für seine Theorie im § 991 findet. [88])

Nach § 991 haftet der Besitzmittler nur dann als malae fidei possessor gemäß § 990, wenn die Voraussetzungen des letzteren § auch beim mittelbaren Besitzer vorliegen, oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

Wenn Wendt auch hier wieder ein bedeutsames Gewicht darauf legt, daß der § 991 von dem unmittelbaren Besitzer als Beklagten ausgeht, so ist hierin nach den obigen Erörterungen jedenfalls auch kein Beweis gegen die Passivlegitimation des unmittel-

baren Besitzers gegenüber der Eigentumsklage zu finden. Außerdem aber will Wendt [89]) unter Hinweis auf die in der Denkschrift vorgeschlagene Abänderung des § 73 Z. P. O. (heute § 76) den Eintritt jener Rechtshängigkeit auf den Fall beschränken, wo der gegen den unmittelbaren Besitzer gerichtete Eigentumsanspruch durch Streitverkündung seitens des Letzteren an den mittelbaren Besitzer gemäß § 73 Z. P. O. auf diesen übergelenkt ist. Dies sei dann indirekt eine wertvolle Bestätigung dafür, daß eine Klageerhebung des Eigentümers unmittelbar gegen den mittelbaren Besitzer ausgeschlossen ist.

Wenn aber das Gesetz schlechthin von der Rechtshängigkeit spricht, so hat es damit m. E. keinen besonderen Fall einer möglichen Herbeiführung derselben im Auge, wenn auch bei Einfügung dieser Erweiterung zunächst an den Fall der Streitverkündung gedacht sein mag. Andernfalls hätte das Gesetz diesen Fall besonders hervorheben müssen, da man sich die Rechtshängigkeit auch im Wege einer Nebenintervention oder durch eine Vindikation direkt gegen den mittelbaren Besitzer herbeigeführt denken kann.

Aus eben diesem Grunde geht m. E. auf der anderen Seite Strohal [90]) zu weit, wenn er die Rechtshängigkeit im Falle des § 991 nur durch die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer eintreten lassen will und darum in der Bestimmung des § 991 eine positive Anerkennung der Zulässigkeit einer gegen den mittelbaren Besitzer gerichteten Vindikation findet. [91])

Mehr Beweiskraft für seine Ansicht findet Wendt in der Bestimmung des § 941.

Hier heißt es, die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet. Wendt [92]) folgert hieraus, daß die Klage zunächst gegen den Ersitzenden erhoben werden müsse, bei einem mittelbaren Besitzverhältnisse aber nur die Klage gegen den Besitzmittler jene unterbrechende Wirkung habe.

Letzteres kann aber aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres gefolgert werden. Dieser besagt vielmehr nur, daß die Unterbrechung auch durch eine Klage gegen den unmittelbaren Besitzer herbeigeführt werden könne, schließt darum aber diese Wirkung

infolge einer Klage gegen den mittelbaren Besitzer nicht aus.[93]) Überdies versteht das Gesetz, wie wir schon wiederholt betont haben, unter Eigenbesitzer sowohl den unmittelbaren wie den mittelbaren Besitzer.

Eben diese Erwägungen schlagen auf den letzten Einwand Wendt's: der Absatz 3 des § 1006, der die Eigentumsvermutung zugunsten des gegenwärtigen bezw. des früheren Besitzers einer Sache im Falle einer Besitzmittlung für den mittelbaren Besitzer sprechen läßt, deute nicht auf die Möglichkeit einer Klageerhebung gegen den letzteren hin.

Hieraus ergibt sich aber auch kein direktes argumentum a contrario für die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer [94]), und Klein [95]) bemerkt mit Recht, daß der § 1006 Abs. 3 den größten Teil seines Anwendungsgebietes verlöre, wollte man die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer für unmöglich erachten.

Auf diese Gesetzesbestimmungen läßt sich hiernach ein Beweis für die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer nicht gründen; er kann darauf auch nicht gegründet werden, denn sie stellen sich dar lediglich als Sondervorschriften, welche durch die Abweichungen geboten sind, die sich für den unmittelbaren Besitzer infolge seines eigenartigen Verhältnisses zum mittelbaren Besitzer ergeben. [96]) Denn es versteht sich weder von selbst, daß der unmittelbare Besitzer sich mit dem Besitzrecht des mittelbaren Besitzers verteidigen darf (§ 986) [97]), noch daß ihm der gute Glaube eines Anderen, nämlich des mittelbaren Besitzers, zu Gute kommt, obwohl er selbst vielleicht bösgläubig ist (§ 991), ferner nicht, daß die nachteiligen Folgen der Rechtshängigkeit gegen den mittelbaren Besitzer eintreten, obwohl er nicht verklagt ist (§ 941), oder daß die Eigentumsvermutung aus § 1006, die im Falle eines Doppelbesitzes an derselben Sache doch stets nur einem Besitzer zu Gute kommen kann, gerade für den mittelbaren Besitzer gelten soll.

Andrerseits läßt sich m. E. aus diesen Bestimmungen aber umgekehrt auch kein Beweis für die Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer erbringen, wie dies z. B. Strohal aus § 991 versucht (s. vorige S.) [98])

Sonach bleibt uns nur noch die Untersuchung, ob die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren

Besitzer sich vielleicht aus inneren Gründen, besonders aus dem Inhalt und Zweck der Eigentumsklage ergibt.

Auch hierauf stützt sich Wendt zur Begründung der von ihm verfochtenen Auffassung, indem er zunächst wieder die rei vindicatio des römischen Rechts zum Vergleich heranzieht.[99]

Wendt behauptet, das ältere römische Recht habe die Beklagtenrolle bei der rei vindicatio schlechthin dem possessor auferlegt;

> D. (6,1) 9 Ulpianus: Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi.

Dagegen habe die jüngere Lehre lediglich die facultas restituendi, den Besitz in natürlichem und tatsächlichem Sinne der Inhabung entscheiden lassen;

> Ulp. ibid.: puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Diese facultas restituendi sei aber für den mittelbaren Besitzer trotz seiner Besitzposition nicht gegeben, wenn sein Besitz durch die Detention eines Dritten vermittelt werde, der unter Berufung auf das ihm eingeräumte kontraktliche oder dingliche Recht die Rückgabe der Sache an den juristischen Besitzer verweigern könne. In diesem Falle decke sich die facultas restituendi des Besitzherrn mit seiner copia recuperandi, und es komme daher hier nicht auf den Besitz als solchen, sondern nur darauf an, ob diese copia recuperandi dem juristischen Besitzer trotz seines Verhältnisses zum Detentor belassen sei oder nicht. Letzteres habe nun — ausgenommen nur das Depositum, Kommodatum und Prekarium — in den meisten Fällen statt, weil die copia recuperandi sich durch das entgegenstehende Recht des Detentors nicht verwirklichen lasse.

Hieraus zieht Wendt[100] eine Nutzanwendung für den mittelbaren Besitzer des B. G. B. Auch im § 985 kann nach ihm nicht das Wort „Besitz“ ausschlaggebend sein, sondern es kommt nachdrücklich auf das Wort „Herausgabe“ an; zur unmittelbaren Herausgabe sei aber auch der mittelbare Besitzer des B. G. B. nicht fähig, und daher auch nicht imstande, dem Kläger dasjenige zu gewähren, was dieser fordert.

Dem gegenüber ist vorab zu erwidern, daß der Rückgriff Wendt's auf das römische Recht auch hier wenig glücklich ist.

Jene Bedeutung hatte die copia recuperandi im römischen Recht offenbar nicht, vielmehr ging die rei vindicatio allgemein gegen jeden juristischen Besitzer, auch wenn er nicht Detentor war, und zwar ohne Rücksicht auf seine copia recuperandi, die er ja jederzeit zu verwirklichen imstande war, da der Detentor im römischen Recht jeden Besitzschutzes darbte. [101])

Zudem hat Ulpian die Ansicht des Pegasus, daß die rei vindicatio stets auf den Interdiktenbesitz schaue, keineswegs als veraltet und falsch verwerfen und durch den Satz berichtigen wollen:

> ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

„Er wollte hiermit nur soviel sagen, daß, wenn der Beklagte (Detentor), ohne einen Auktor zu nennen, auf dessen Namen er besitzt, vor Gericht geradezu sagt, er besitze die in Anspruch genommene Sache, so habe die Klage gegen ihn statt, er sei nun entweder wirklicher Besitzer im juristischen Sinne oder bloßer Detentor.“ [102]) Ulpian bestätigt also nur, daß die rei vindicatio auch gegen den bloßen Detentor mit facultas restituendi zulässig sei; hieraus folgt aber nicht ohne Weiteres, daß sie gegen einen possessor ohne facultas restituendi unzulässig ist. [103])

Daß vielmehr der juristische Besitzer gegenüber der rei vindicatio allgemein als passivlegitimiert galt, beweist uns eine Stelle, die Wendt allerdings für seine gegenteilige Ansicht zeugen läßt:

> D (10,4) 3,15: Sciendum est adversus possessorem hoc actione agendum non solum qui civiliter, sed eum qui naturaliter incumbat possessioni; denique creditorem, qui pignorem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Der Pfandgläubiger wird hier als Naturalbesitzer bezeichnet [104]), gegen den die actio ad exhibendum ebensogut gerichtet werden kann wie gegen einen Zivilbesitzer, den eigentlichen juristischen Besitzer mit animus domini.

Wenn so die Heranziehung des römischen Rechts an sich schon wenig stichhaltig ist, so vermag auch die von Wendt hieraus gefolgerte Anwendung für das B. G. B. keinen Beweis für die Unmöglichkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer abzugeben. [105]) Es gibt genug Fälle, in denen der mittelbare Besitzer jederzeit in der Lage ist, die Sache von dem unmittelbaren Besitzer sofort heraus zu verlangen und darum dem Herausgabeanspruch des

Eigentümers unverkürzt zu genügen. So wenn die Dauer des unmittelbaren Besitzes völlig im Belieben des mittelbaren Besitzers steht (er hat dem Mittler die Sache z. B. auf unbestimmte Zeit geliehen), oder wenn der Herausgabeanspruch demnächst fällig ist (wie dies bei einem Verwahrungsbesitz gewöhnlich der Fall sein wird)[106]; überhaupt vorzüglich überall da, wo der unmittelbare Besitz lediglich auf einer Pflicht gegenüber dem mittelbaren Besitzer beruht. Wollte man hier und in den sonstigen Fällen, in denen der unmittelbare Besitz nur von vorübergehender Dauer ist, die Klage stets nur gegen den unmittelbaren Besitzer gestatten, so wäre die Folge, daß der Eigentümer sich sehr oft zu einer zweiten Klage gegen den mittelbaren Besitzer, der inzwischen die Sache zurückerlangt hat, bequemen müßte, oder infolge einer laudatio auctoris des unmittelbaren Besitzers sich doch dem mittelbaren Besitzer gegenübergestellt sähe.[107])

Oft wird allerdings die obligatorische oder dingliche Berechtigung des Besitzmittlers einer erfolgreichen Verwirklichung des Anspruchs auf gegenwärtige Herausgabe der Sache entgegenstehn, so daß die Klage gegen den mittelbaren Besitzer den Vindikanten nicht zu seinem Ziele führt. Dann kann aber der Eigentümer wenigstens die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs verlangen, oder seine Klage gegenüber dem mittelbaren Besitzer bedingt stellen so, daß dieser zur Herausgabe der Sache für den Fall der Erlangung des unmittelbaren Besitzes gehalten ist. Dies wird auch von Wendt berücksichtigt, aber als völlig unvorteilhaft und ohne praktischen Wert für den Eigentümer verworfen.[108]) Er meint, die Übertragung des mittelbaren Besitzes gewähre dem Eigentümer nur einen Anspruch auf Herausgabe der Sache, den er kraft seines Eigentums ohnehin und in wirksamerer Weise habe.

Dem gegenüber haben wir schon in unserer Erörterung über die Natur des mittelbaren Besitzverhältnisses gezeigt, daß sich der mittelbare Besitz keineswegs in dem Anspruch auf Herausgabe erschöpft. Der mittelbare Besitz als Faktum einer realen Sachherrschaft stellt sich dem wahren Eigentümer als ein Eingriff in seine Eigentumsrechte gegenüber, und da soll es diesem nicht verstattet sein, wenigstens jenen Eingriff zu beseitigen, wenn und solange ihm die Wiedererlangung seiner unmittelbaren alleinigen Sachherrschaft durch wohlerworbene Rechte Dritter versagt bleibt? Dem un=

mittelbaren Besitzer steht z. B. ein Nießbrauch oder Wohnungsrecht zu, das er gutgläubig erworben hat; dadurch ist er jedermann gegenüber zum Besitze berechtigt, auch dem Eigentümer gegenüber, dessen Herausgabeanspruch er mit der Einrede aus § 986 erfolgreich entgegentritt.[109]) Ebenso steht es bei den durch die handelsrechtlichen Traditionspapiere geschaffenen Verhältnissen. Der legitimierte Erwerber eines solchen Papieres erwirbt mit dem Besitze dieses Papiers den Besitz der Sache selbst und tritt auf diese Weise zum Aussteller des Papiers in das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum unmittelbaren. Obwohl er nun vielleicht gar nicht Eigentümer der Sache ist, noch auch sonst zum Besitze berechtigt, kann er als der legitimierte Inhaber über die Sache verfügen. Auch hier darf es dem wahren Eigentümer nicht verwehrt sein, den durch eine derartig selbständige Stellung um so gefahrvolleren Eingriff in seine Eigentumsrechte zu beseitigen, zumal er in diesen Fällen nicht nur durch Übergabe des auf ihn indossierten Papiers seitens des Beklagten sich den mittelbaren Besitz verschaffen kann, sondern der Beklagte auch zur unmittelbaren Herausgabe der Sache fähig ist, indem er kraft seiner Legitimation dem Schiffer usw. gegenüber die Sache von diesem herausverlangen und daher dem siegreichen Kläger übergeben kann.[110])

Ja, wenn für ihn mit der Erlangung des mittelbaren Besitzes nichts gewonnen wäre, wie Wendt behauptet! Wir haben aber gleichfalls schon ausgeführt, daß der mittelbare Besitz mit vielen tatsächlichen Vorteilen ausgestattet ist, die für den Eigentümer wertvoll sind. Das Gesetz gewährt ihm vollen Besitzschutz und erleichterten Fruchterwerb, hinsichtlich der Eigentumsübertragung bietet er den Vorteil, daß der Eigentümer die Sache durch einfache Abtretung des Herausgabeanspruches gemäß § 931 veräußern kann, insbesondere aber ist die Vermutung aus § 1006 Abs. 3 für den im mittelbaren Besitz Befindlichen von großem Wert. Es wäre daher offenbar unbillig, wollte man dem Eigentümer nicht wenigstens die Erlangung dieser vorteilhaften Rechtsstellung gestatten.

In nicht wenigen Fällen aber wird, wie Gierke[111]) hervorhebt, der Eigentümer sich von vornherein damit zufrieden geben, nur den mittelbaren Besitz zu erlangen, weil ihm durch diesen eine Rechtsposition geboten wird, die er sich selber nicht besser verschaffen kann; so z. B. wenn der mittelbar besitzende Nichteigentümer das Haus, das der wahre Eigentümer vindiziert, vorteilhaft vermietet

hat. Hier ist dem Eigentümer mit der Erlangung des mittelbaren Besitzes oft besser gedient, als mit einer direkten Herausgabe der Sache.

Aber auch eine bedingte Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur Herausgabe der Sache für den Fall der Rückerlangung des unmittelbaren Besitzes ist für den Eigentümer nicht ohne Wert. Setzt sie ihn doch in die Lage, gegen den mittelbaren Besitzer gleich die Zwangsvollstreckung zu betreiben, sobald er den unmittelbaren Besitz der Sache zurückerlangt hat.[112] Sodann hat sie die Vorteile, die überhaupt die Klage gegen den mittelbaren Besitzer dem Eigentümer bietet, daß sie nämlich die Ersitzung unterbricht, dem mittelbaren Besitzer die Möglichkeit einer Verfügung über die Sache gemäß § 934 nimmt und hindert, daß der gutgläubige mittelbare Eigenbesitzer die nach der Rechtshängigkeit gezogenen Früchte und Nutzungen behalten darf.

Der Ansicht Wendt's können wir uns hiernach nach keiner Richtung hin anschließen.

Im Folgenden sei daher die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer noch aus anderen Gesichtspunkten des Näheren beleuchtet.

Wendt gibt selbst zu[113]), daß der mittelbare Besitzer recht eigentlich derjenige ist, den die Sache angeht und der von der Inanspruchnahme des Eigentums vor allem betroffen wird. Denn kraft des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses werde dieser an ihm Regreß suchen bezw. von seinen Pflichten sich befreit erachten, wenn dritte Personen das Eigentum an der Sache in Anspruch nehmen.

Warum soll man dann aber nicht den mittelbaren Besitzer auch als den eigentlichen rechten Beklagten ansehen und es für unbillig halten, den vielleicht gar nicht interessierten unmittelbaren Besitzer, z. B. den Uhrmacher, dem ich meine Uhr zum Reparieren übergeben habe, jenem Anspruche auszusetzen? Mit Recht weist darum Gierke[114]) darauf hin, daß sich der unmittelbare Besitzer als der weniger Interessierte der gegen ihn gerichteten Vindikation oft durch Streitverkündung an den mittelbaren Besitzer gemäß § 76 der Z. P. O. entziehen wird. Da sich infolgedessen der Eigentümer doch an den mittelbaren Besitzer verwiesen sieht, wäre es unpraktisch und zeit-

und kostenraubend, den Eigentümer zu diesem Umwege zu nötigen, statt ihn mit seiner Klage direkt gegen den mittelbaren Besitzer vorgehen zu lassen.

Und wenn der Besitzer die Streitverkündung unterläßt[115], so erwirkt der Eigentümer immer zwar die Herausgabe der Sache, aber, da das Urteil nicht gegen den mittelbaren Besitzer als den wirklichen Gegner gehe, so sei ein zweiter Prozeß gegen diesen nötig. Hat aber der unmittelbare Besitzer an dem Ausgange des Prozesses kein Interesse, so würde er die Sache dem mittelbaren Besitzer zurückgeben, so daß der Eigentümer wiederum gezwungen wäre, gegen den mittelbaren Besitzer seine Klage zu richten.

Eine doppelte Prozeßführung würde man auch, wie Gierke weiter bemerkt[116], dem nicht eingetragenen Eigentümer im Streite um sein Grundstück aufbürden, wollte man ihn zwingen, sich nur an den unmittelbaren Besitzer zu halten. Von diesem könne er zwar die Herausgabe des Grundstücks verlangen, die außerdem erforderliche Berichtigung des Grundbuchs erreiche er jedoch nur durch eine zweite Klage gegen den mittelbaren Besitzer.

M. E. übersieht Gierke allerdings bei diesen Fällen — ohne daß dadurch seine Gründe an Beweiskraft verlieren —, daß es ebenso zeit- und kostenraubend ist, wenn nur der mittelbare Besitzer verklagt wird, denn dieses Urteil wirkt nicht gegen den unmittelbaren Besitzer, gegen den also im Weigerungsfalle ebenfalls eine zweite Klage geboten ist (s. oben Anm. 1). Diese Umwege umgeht der Eigentümer aber dadurch, daß er beide Besitzer zusammen verklagt, eine Zweckmäßigkeit, die aber wiederum auch nur gegeben ist mit der Möglichkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer.

Weiter hebt Gierke hervor[117], daß die praktische Durchführung der Vindikation sich für den Eigentümer oft überaus schwierig gestalte, er in einzelnen Fällen sogar niemals zu seinem Rechte gelangen würde, wollte man ihm die Klage nicht direkt gegen den mittelbaren Besitzer gestatten. So werde z. B. der Eigentümer bei der Vindikation eines großen Mietshauses gezwungen, stets gegen die sämtlichen Mieter einzeln zu vindizieren[118], und die Vindikation eines von einer Leihbibliothek ausgeliehenen Buches gegen den Leihbibliothekar sei tatsächlich undurchführbar, wenn man den gerade zur Zeit unmittelbaren Besitzer des Buches nicht ausfindig machen könne; ein Mittel, den Leihbibliothekar zur Nennung seiner Kunden zu zwingen, gibt es aber nicht.[119]

Gierke gibt sodann noch zu erwägen, daß die Grenzen zwischen selbständiger und unselbständiger Inhabung derartig streitig sind, daß der Eigentümer oft schwer wird feststellen können, ob er einem Besitzdiener oder einem Besitzmittler gegenüber steht. [120]) Da nun gegen den ersteren nach herrschender Ansicht die Eigentumsklage nicht erhoben werden kann [121]), so läuft der Eigentümer Gefahr, mit seiner Klage abgewiesen zu werden, wenn er sich über die Natur der Inhabung seines Gegners nicht im Voraus Klarheit verschafft. Sieht er seinen Gegner für einen Besitzmittler an, obwohl er Besitzdiener ist, so wird er mit seiner Klage kurzweg abgewiesen; glaubt er umgekehrt einem Besitzdiener gegenüber zu stehen und verklagt den mittelbaren Besitzer, den er für den unmittelbaren Besitzer hält, so müßte er ebenfalls abgewiesen werden, wenn die rei vindicatio gegen einen mittelbaren Besitzer nicht möglich wäre. [122])

Den hiermit verbundenen Unzuträglichkeiten wird daher nur dadurch abgeholfen, daß man die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers gegenüber der Eigentumsklage anerkennt. [123])

Schließlich ist noch zu beachten, daß dem Eigentümer andere genügende Rechtsmittel nicht zu Gebote stehen. Wendt [124]) verweist ihn auf die Feststellungsklage, die denselben Wert habe, wie eine Vindikation, welche nur zu einer Überlassung des mittelbaren Besitzes, nicht zur Erlangung der Sache führe.

Wenn Letzteres zuträfe, würde die Feststellungsklage nach unseren Ausführungen allerdings unter Umständen ein schätzbares Rechtsmittel für den Eigentümer sein, da auch die bloße Überlassung des mittelbaren Besitzes die Rechtsposition des Eigentümers begünstigt. Die Feststellungsklage steht ihr aber nur deswillen nicht gleich, weil sie dem Eigentümer nicht zu einer tatsächlichen Sachherrschaft verhilft und ihm nicht die mit dem mittelbaren Besitz als solchen verbundene Verfügungsgewalt und die sonstigen Vorteile verschafft. [125])

Für die actio negatoria, an die ferner gedacht werden könnte, liegen die Voraussetzungen nicht vor. Mit ihr würde der Eigentümer zwar die Beseitigung von Beeinträchtigungen erwirken, nicht aber — worauf es hier ankommt — die verlangte Sachherrschaft für sich herstellen können. [126])

Mit der Klage auf Herausgabe der Sache werden sich meist Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen und Ersatz von Schaden verbinden (§§ 987—1003). Diese Nebenansprüche müssen folgeweise

ebenfalls gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet werden können, wenn die Voraussetzungen dafür in seiner Person erfüllt sind. [127])

Dabei ist noch hervorzuheben, daß, wenn die Klage auf Herausgabe der Sache nur gegen den, wenn auch bösgläubigen, unmittelbaren Besitzer gerichtet wird, dessen Haftung in Ansehung der Nutzungen ausgeschlossen ist, solange der mittelbare Besitzer weder bösgläubig noch verklagt ist (§ 991).

§ 14.

2) Passivlegitimation gegenüber der actio negatoria (§ 1004).

Der § 1004 gibt dem Eigentümer einer Sache das Recht, die Beseitigung oder zukünftige Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Eigentumes zu verlangen, die sich nicht als eine Entziehung oder Vorenthalt des Besitzes darstellen. „Wie bei der rei vindicatio geht der Anspruch gegen die Person desjenigen, durch dessen Willen der mit dem Inhalt des Eigentums in Widerspruch stehende Zustand aufrecht erhalten wird“ [128]), und von dessen Willen die Beseitigung dieses Zustandes abhängig ist. Dies ist aber, wenn die Beeinträchtigung von einer im doppelten Besitz stehenden Sache, z. B. von einer durch einen Verwalter geleiteten Fabrik auf dem Nachbargrundstück (§ 907), ausgeht, sowohl der unmittelbare Besitzer (der Verwalter) wie der mittelbare Besitzer (der Eigentümer), falls dieser den störenden Betrieb ruhig mit ansieht.

Auch hier werden übrigens dieselben Erwägungen maßgebend sein, wie bei der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer, insbesondere wird eine direkte Klage gegen den mittelbaren Besitzer nicht selten einen Umweg (infolge einer laudatio auctoris des unmittelbaren Besitzers) [129]) oder eine Prozeßhäufung ersparen.

§ 15.

3) Passivlegitimation gegenüber dem Abholungsanspruch (§ 1005).

Der Abholungsanspruch des § 1005 [130]) richtet sich gegen den „Besitzer“ des fremden Grundstücks, auf welches die Sache des Eigentümers geraten ist, dahin, daß dieser eine Handlung duldet, die an sich als Störung erscheint, aber gleichwohl durch den ausdrücklichen Willen des Gesetzes gerechtfertigt wird. Das Gesetz gibt

also dem Eigentümer ein selbständiges Recht zu Verfolgung seiner Sache.[131] Wer ihn in der Ausübung dieser gesetzlich anerkannten Befugnis ohne eigenes Recht behindern will, gegen den muß der Berechtigte daher schon nach allgemeinen Grundsätzen klagend vorgehen können. Ein eigenes Recht ist aber hier nur dann gegeben, wenn die Entstehung eines Schadens durch die Ausführung jener Abholungsbefugnis zu besorgen ist. Als der hierbei Interessierte, dem jenes Gegenrecht erwachsen könnte, kommt aber nur der Besitzer, und zwar in vielen Fällen der mittelbare Besitzer in erster Linie in Betracht. Daher ist er auch im Rechtsstreite, in dem es ja auf das begründete Dasein seines Gegenrechtes ankommt, der rechte Beklagte.[132]

Da überdies der beklagte unmittelbare Besitzer auch hier zur nominatio auctoris befugt ist, so ist eine direkte Klage gegen den mittelbaren Besitzer bezw. gegen diesen und den unmittelbaren Besitzer jedenfalls vorzuziehen.[133]

§ 16.

4) Passivlegitimation gegenüber den aus begrenzten dinglichen Rechten entstehenden Ansprüchen.

Außer dem Eigentum gewähren auch noch das Erbbaurecht, der Sachnießbrauch und das Faustpfandrecht ein Recht auf den Besitz der Sache. Wird daher dem Erbbauberechtigten, Sachnießbraucher oder Pfandgläubiger dieses Recht durch einen mittelbaren Besitzer vorenthalten, so unterliegt dieser auch den aus jenen begrenzten dinglichen Rechten entspringenden Ansprüchen. Für diese kommen aber gemäß §§ 1017 Abs. 2, 1065, 1227 die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften in entsprechende Anwendung.

Es sind dies für das Erbbaurecht die §§ 985 und 1004, für die anderen außerdem noch der § 1005. Auch jene Berechtigten haben also gegen den mittelbaren Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache, den Anspruch wegen sonstiger Beeinträchtigungen ihres dinglichen Rechts und den Anspruch auf Aufsuchung der auf fremdem, dem mittelbaren Besitzer gehörigen Grundstücke befindlichen Sache.

Dasselbe gilt auch für die nach Landesrecht bestehenden und kraft Vorbehaltes auch fernerhin anerkannten dinglichen Rechte, das

Erbpachtrecht und das Bergwerkseigentum.[134]) Vgl. für ersteres Artikel 63 des E. G. zum B. G. B. —

Bei den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist der petitorische Schutz gemäß §§ 1027, 1090 Abs. 2 dem negatorischen Eigentumsanspruche aus § 1004 nachgebildet. Ist daher mit ihnen ein Sachbesitz verbunden (es gehört z. B. zur Ausübung der Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück § 1021), so kann dessen Schutz sich offenbar nicht in jener Verweisung auf den § 1004 erschöpfen, wo nur eine Beeinträchtigung des Eigentums in anderer Weise als durch Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes berücksichtigt wird. „Da jenes Recht aber sicherlich eines Schutzes hiergegen nicht darben soll, so wird die entsprechende Anwendung des § 1004 daher hier dahin führen, auch einen Anspruch auf Wiedereinräumung oder Einräumung des Besitzes zu gewähren.“ [135])

Dieser Anspruch geht dann aber ebenfalls auch gegen den mittelbaren Besitzer.

§ 17.

5) Passivlegitimation gegenüber der Fahrnisklage (§ 1007).

Wenn die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer zulässig ist, so muß das Gleiche gelten für andere dingliche Ansprüche, welche auf Herausgabe der Sache gehen, insbesondere daher auch für den Anspruch aus § 1007, durch den das ältere Recht zum Besitz gegenüber dem bloßen Besitztatbestande geltend gemacht wird.[136]) — Aber abgesehen von dem Wortlaut des Gesetzes, welches den Anspruch gegen den „Besitzer“ als solchen, daher sowohl gegen den unmittelbaren wie mittelbaren Besitzer gibt, erfordert auch die praktische Notwendigkeit die Zulassung der Klage gegen den mittelbaren Besitzer hier noch dringender, als bei der rei vindicatio. Hat z. B. der bösgläubige Erwerber (§ 1007 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2) der Sache diese einem gutgläubigen Dritten in unmittelbaren Besitz gegeben, so ist eine Rechtsverfolgung nur gegen ihn als den jetzigen mittelbaren Besitzer möglich, da der gute Glaube des anderen eine Klage gegen ihn ausschließt.

Ebenso in den Fällen, wo die Klage auch gegen den gutgläubigen Erwerber gerichtet werden kann (§ 1007 Abs. 2 Satz 1). Ich muß z. B. direkt gegen den Finder meiner verlorenen Sache

klagen können, der dieselbe einem Dritten geliehen hat, den zu benennen er sich weigert, soll mir nicht andernfalls der erleichterte Rechtsschutz des § 1007 überhaupt versagt bleiben.

Eine Feststellungsklage würde in solchen Fällen dem Mangel nicht abhelfen können, weil der Besitz ja schon beendet ist und die Feststellungsklage nur auf gegenwärtigen, nicht auf früheren Besitz gestützt werden kann (§ 256 Z. P. O.).

Hinsichtlich der Ersatz- und Nebenansprüche finden gemäß § 1007 Abs. 3 Satz 2 die für den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Auch für diese haftet daher der mittelbare Besitzer.

§ 18.

6) Passivlegitimation gegenüber dem Besitzanspruch (§ 861).

Auch gegenüber der Eigenmachtsklage aus § 861 muß der mittelbare Besitzer als passiv legitimiert gelten. Hat er einem Anderen den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen und darauf Dritten an der entzogenen Sache unmittelbaren Besitz eingeräumt, so bleibt er nach unserer Auffassung noch immer Besitzer, und zwar fehlerhafter Besitzer, da sein ursprünglicher Besitz fehlerhaft war. Dies begründet aber für ihn eine possessorische Haftung, da der Anspruch aus § 861 sich gegen den „Besitzer" richtet, welcher dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt.

Hätte der Dejizient den unmittelbaren Besitz auf einen gutgläubigen Mittler übertragen, so bliebe mir ja der Anspruch aus § 861 überhaupt versagt, falls ich nur gegen den unmittelbaren Besitzer klagen könnte, denn dieser bleibt gegen jenen Anspruch geschützt, da er vermöge seines guten Glaubens nicht fehlerhaft besitzt.

Das Gleiche wäre der Fall, wenn der Dejizient nach vielleicht schon ganz kurzer Zeit von seinem Mittler den unmittelbaren Besitz zurückverlangen würde; denn dann erhält er in diesem einen neuen fehlerlosen, da er ihn nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt hat (§ 858 Abs. 2).

Solche unhaltbaren Resultate liegen aber sicherlich nicht in der Absicht des Gesetzes. [137])

§ 19.

7) Passivlegitimation gegenüber dem Besitzbereicherungsanspruch (§ 812 fg.).

Wie wir oben im § 9 ausgeführt haben, verleiht auch der mittelbare Besitz eine wertvolle Rechtsposition. Wird nun diese durch einen unmittelbaren Besitz vermittelt, der entstanden ist durch eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten eines Anderen, so wird man dem Geschädigten die condictio possessionis auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer nicht versagen können, und zwar direkt gegen ihn allein oder gegen ihn und den unmittelbaren Besitzer gemeinsam.

Es sprechen hierfür dieselben Gründe, welche wir für die Zulassung der bisher erörterten Ansprüche gegen den mittelbaren Besitzer geltend gemacht haben. [138])

Auszunehmen von diesen ist m. E. aber die auch von v. Mayr als Beweismittel herangezogene Möglichkeit, daß der unmittelbare Besitzer durch die laudatio auctoris gemäß § 76 Z. P. O. an den mittelbaren Besitzer sich dem Anspruche des Klägers entziehen könnte. Das Recht der Streitverkündung ist nach § 76 Z. P. O. nur demjenigen gegeben, der als „Besitzer" einer Sache verklagt ist, die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 B. G. B. bezeichneten Art zu besitzen behauptet. Fundament ist also die bloße Tatsache des Besitzes (wie bei allen vorher erörterten Fällen der §§ 861, 985, 1005); der condictio possessionis gegenüber ist jedoch der unmittelbare Besitzer nicht durch seinen bloßen Besitz passivlegitimiert, sondern bei ihr ist die Grundlosigkeit des Besitzes das Klagefundament.

§ 20.

8) Passivlegitimation gegenüber der Klage auf Vorlegung (§§ 809, 810).

Nach §§ 809, 810 kann, wer gegen den Besitzer einer Sache in Ansehung dieser einen Anspruch hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, wenn aus irgendeinem Grunde die Besichtigung der Sache für ihn vom Interesse

ist, von dem Besitzer die Vorlegung der Sache oder die Gestattung der Besichtigung verlangen.

Wendt[139]) verneint die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers gegenüber diesem Anspruch, vielleicht, weil er auch hier analog seiner Auffassung über die Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer das Hauptgewicht auf das „Vorlegen“ oder „Gestatten“ legt, wozu der mittelbare Besitzer dann ebensowenig als befähigt gelten kann.

Hiergegen sprechen daher dieselben Gründe wie nach unserer Auffassung für die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer. [140])

Wie soll ich z. B. meinen Vorlegungsanspruch durchsetzen, wenn A, der mir die Sache schuldet, sie an B verliehen hat? Von B kann ich die Vorlegung nicht verlangen, da ich keinen Anspruch gegen ihn habe; das Recht aus § 809 könnte ich also für mich überhaupt nicht in Anspruch nehmen, und jeder Besitzer könnte sich ihm gegenüber dadurch entziehen, daß er die Sache an einen Anderen weitergibt

§ 21.

9) Passivlegitimation gegenüber der Klage aus § 836.

Die Ansprüche gegen den gegenwärtigen und unter den Voraussetzungen des § 836 Abs. 2 auch gegen den früheren Besitzer eines Grundstückes auf Ersatz des Schadens, der durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes usw. infolge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung verursacht ist, richtet sich gegen den Eigenbesitzer des Grundstückes (§ 836 Abs. 3), d. h. aber sowohl gegen den unmittelbaren wie auch — abgesehen vom Falle des § 837 — gegen den mittelbaren Besitzer. [141]) Der § 838 macht sogar, wie Gierke hervorhebt, den mittelbaren Besitzer ausdrücklich auch neben einem haftpflichtigen unmittelbaren Besitzer verantwortlich.

Derjenige, der das Gebäude oder das Werk auf Grund eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat, z. B. als Pächter oder Nießbraucher (§§ 582, 1041, vgl. auch §§ 1093, 1020), steht zu dem Anderen in einem Verhältnisse, das nach § 868 diesen zum

mittelbaren Besitzer macht. Nach § 838 ist aber in solchem Falle der Nutzungsberechtigte in gleicher Weise verantwortlich, wie der Besitzer, also der Andere, d. h. aber der mittelbare Besitzer.

V. Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers im Fahrnisstreit.

Im Vorigen ist gezeigt, daß alle Klagen, die gegen den Besitzer als solchen gerichtet werden können, dem Kläger auch gegen den mittelbaren Besitzer zustehen. Die notwendige und billige Folge hiervon ist aber, daß dem mittelbaren Besitzer auch diejenigen Vorteile zukommen, die das Gesetz dem Besitzer als solchem im Streite um sein Recht gewährt.

§ 22.

1) Die Rechtsvermutung aus § 1006.

Durch die im § 1006 zu Gunsten des Besitzers und im Absatz 3 bei Vorliegen eines mittelbaren Besitzverhältnisses gerade zu Gunsten des mittelbaren Besitzers aufgestellte Vermutung gibt das Gesetz dem mittelbaren Besitzer im Streite um das Eigentum und auch sonst überall da, wo ein dinglicher oder obligatorischer Anspruch auf das Eigentum einer beweglichen Sache gestützt wird (vgl. §§ 809 fg., 812 fg., 823 fg.), den Vorzug, ohne weiteren Rechtsnachweis die volle Rechtsstellung des Eigentümers geltend zu machen.

Dieser Vorzug ist ihm gegeben, sowohl wenn er als Kläger, als auch wenn er als Beklagter im Prozesse auftritt:

Als Kläger, insofern jene Vermutung für die Rechtsbeständigkeit seines Eigentums spricht, und er daher die Art seines Eigentumserwerbes nicht anzugeben oder zu beweisen braucht, es sei denn einem Gegner gegenüber, dem die Sache vor seiner Besitzzeit gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, ausgenommen Geld und Inhaberpapiere;

als Beklagten, indem es Sache des Klägers ist, die auf den Besitz des Beklagten sich gründende Vermutung zu widerlegen, aus-

genommen den Fall wie auch vorhin. — Dies gilt sowohl für die rei vindicatio, wie für die actio negatoria und den Abholungsanspruch. [142]

§ 23.

2) Einwendungsrechte des mittelbaren Besitzers.

Schließlich muß, wenn wir die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer zulassen, es diesem auch verstattet sein, sich gegenüber dem Eigentümer oder früheren Besitzer auf sein besseres Recht zum Besitz zu berufen (§ 986 Abs. 1), und die gegen den Besitzvorgänger begründeten Einwendungen auch gegen den neuen Eigentümer geltend zu machen, falls dessen Besitz nur ein durch Abtretung des Herausgabeanspruches erlangter mittelbarer Besitz ist (§ 986 Abs. 2). [143] — Ebenso kann er beiden die Einreden aus §§ 994 fg. entgegensetzen, insbesondere hat er das Retentionsrecht aus § 1000 (s. § 1007 Abs. 3 Satz 2). [144]

---

§ 24.

Rückblick.

Unsere Auffassung über die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers geht also dahin, daß sein Besitz dem des unmittelbaren Besitzers völlig gleichkommt. Wie dieser genügt der mittelbare Besitz zur Rechtsausübung und zum Erwerbe von Rechten, er ist in demselben Maße possessorisch und petitorisch geschützt, unterliegt aber andrerseits auch ebensogut den Ansprüchen, die sich gegen den Besitzer als solchen richten.

Im Streite um sein Recht hat er gleichfalls die Vorteile, die das Gesetz dem Besitzer als solchen verleiht; bevorzugt ist er aber hier vor dem unmittelbaren Besitzer insofern, als die Eigentumsvermutung aus § 1006 zu seinen Gunsten spricht, wodurch für ihn eine günstigere Stellung für den Rechtserwerb wie für die Rechtsübertragung bedingt ist.

Anmerkungen:

A.

[1]) Das deutsche Recht kannte im Gegensatz zum römischen Recht einen gleichzeitigen Besitz mehrerer an derselben Sache; „dieser Möglichkeit verdankt der Ausdruck „ledigliche Gewere" seine Existenz; es ist damit der Besitz gemeint, den man durch direkte Einwirkung auf die Sache ausübt im Gegensatz zu dem Besitz, den man nur durch das Mittel der Nutzung ohne faktische Detention hat." Heusler (Die Gewere) S. 144; vgl. Gierke (Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes) S. 6; Leonhard (Vertretung beim Fahrniserwerb) S. 70; Cosack (Lehrbuch) § 185 IV 5; Gaertner (Der gerichtliche Besitzschutz) S. 153, 154. — Das A. L. R. kennt einen „unvollständigen" und „vollständigen" Besitz; ersteren hat, wer „eine Sache als fremdes Eigentum, aber doch für sich selbst hat"; vgl. I 7 § 6 fg., namentlich § 124; vgl. Fischer (Sammlung) S. 25.

[2]) „Der mittelbare Besitz des B. G. B." im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87 S. 40 fg. Gutachten 19, in Verh. des 24. deutsch. Jur.-Tages, Bd. 3, S. 3 fg.; ebenso Bartels (Ausführungen zur Besitzlehre) S. 645 fg.; Biermann (Komm.) Anm. 1 zu § 868; Klein (Der mittelbare Besitz); vgl. Protokolle, Bd. 3, S. 332.

[3]) Protokolle, Bd. 3, S. 329, 332.

[4]) Vgl. auch Bartels a. a. O.

[5]) Gutachten S. 50, 51.

[6]) Vgl. Fischer (Deutsche Juristenzeitung 1898) S. 367.

[7]) Vgl. D (41, 2) 1, 15: per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Julianus ait; ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri ad usucapionem.

D (41, 2) 19: interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res; [nam si omittendae possessionis causa, et hoc apperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus non procederet], si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

D (43, 26) 15, 4: eum qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui rogasset, quia non discesserit animo possidere. — Hier ist die possessio ad usucapionem allerdings sehr bestritten, dafür Windscheid (Pandekten) § 154, Vangerow (Pandekten) § 200, dagegen v. Savigny (Recht des Besitzes) S. 184.

[8]) Vgl. Dernburg (Sachenrecht) S. 47.

[9]) v. Buchka (B. G. B. und gem. Recht) S. 167 Note 3; Windscheid § 152 unter 3; Kniep (Der Besitz des B. G. B.) S. 13; Strohal (Referat auf dem 24. deutsch. Juristentag) Bd. 4 S. 131; Weidemann (Der mittelbare Besitz) S. 49 Note 97.

[10]) S. Anm. 1; vgl. Strohal (Sachbesitz) S. 17: „Der mittelbare Besitz ist nicht eine willkürliche Erfindung des B. G. B., sondern ein notwendiges Ergebnis der Entwickelung, welche der Besitzbegriff im modernen Rechte gefunden hat."

[11]) Gutachten S. 50.

[12]) Vgl. auch Kniep S. 13.

[13]) Gutachten 20 in Verh. des 24. deutsch. Juristentages, Bd. 3, S. 36.

[14]) D (41, 2) 36: Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere. Vgl. auch Gaertner, S. 147; anders dagegen die Protokolle, Bd. 3, S. 332.

[15]) Vgl. Gierke, a. a. O. S. 36; Bekker (Der Besitz beweglicher Sachen) S. 72 fg.; Kniep, S. 320; Planck (Komm.) S. 58 unten; Kuhlenbeck (Komm.) Anm. 1 zu § 869; Dernburg, a. a. O. S. 50, 51; Fischer-Henle (B. G. B.) S. XXVIII.

[16]) Kniep, S. 14.

[17]) A. a. O. S. 32, s. im Text S. 26 fg.; vgl. auch Leonhard S. 70, 71; Endemann (Einführung) S. 125; Matthiaß (Lehrbuch des bürgerl. Rechts) S. 7 Note 4; Staudinger-Kober (Komm.) zu § 868 IV; Gaertner, S. 153; a. A. Biermann, Anm. 1 zu § 868, Planck, s. im Text S. 21, 22.

[18]) Mit Recht fragt Kniep, S. 7, warum für einen persönlichen Anspruch der Ausdruck „Besitz" gebraucht wäre.

[19]) A. a. O. S. 6.

[20]) Vgl. Cosack, § 244 VI.

[21]) Matthiaß, S. 3.

[22]) Vgl. Cosack, § 185 IV 4; Gierke (Gutachten) S. 33 fg.; Strohal (a. a. O.) S. 19; Planck, Anm. 5 zu § 868.

[23]) § 860 gibt dem Besitzdiener keinen selbständigen Besitzschutz; vgl. Strohal, S. 51, Dernburg, S. 75 unter 5.

[24]) Vgl. Planck, Anm. 2b und 2b γ zweiter Absatz zu § 868; Cosack, S. 63, 64.

[25]) Vgl. Planck, 2b α und 2b γ dritter Absatz zu § 868 und die dort angeführten Stellen der Protokolle; Leonhardt, S. 71; Gierke (Gutachten) S. 34, (Fahrnisbesitz) S. 7 Anm. 15; Biermann, Anm. 2 zu § 868; a. A. Bartels, S. 659.

[26]) Protokolle, Bd. 3, S. 198; Motive, Bd. 3, S. 99.

[27]) So Dernburg, S. 46; Leonhard, S. 74; Planck, Anm. 3b β zu § 868; Biermann, Anm. 7 zu § 868; Endemann, S. 130 Note 23; a. A. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 7 Anm. 15; Strohal, S. 111 fg.; Motive, Bd. 3, S. 107, 108; Protokolle, Bd. 3, S. 227, 228.

[28]) So a. a. O. Dernburg, Leonhard, Planck, Biermann; Strohal, S. 112, 113; Endemann, S. 129 unter 6; a. A. Maenner (Recht der Grundstücke) § 16 S. 101 und Note 23; Binder (Rechtsstellung des Erben) S. 58 Note 76.

[29]) A. a. O. S. 62.

[30]) Vgl. Leonhard, S. 72.

[31]) Vgl. Gaertner, S. 147 fg. und außer den dort in Note 1 S. 148 Aufgeführten noch Enneccerus-Lehmann (Das bürgerliche Recht) Bd. 2 S. 145; Leske (Vergleichende Darstellungen) S. 358; Kniep a. a. O.; Meisner (Das B. G. B.) zu § 869, S. 28; Matthiaß, S. 8, Note 3; wie Wendt auch Bartels, S. 647;

Klein, S. 65; Dernburg, S. 67; Windscheid-Kipp, S. 698; Bekker (Der Besitz beweglicher Sachen) S. 19; Planck, Anm. 2 b γ Abs. 2 zu § 868, (auch Leonhard, S. 72), verneint den mittelbaren Besitz des Verlierers, weil der Finder ihm gegenüber nicht auf Zeit zum Besitz verpflichtet sei, da er nach § 967 die Sache jederzeit der Polizei abliefern könne. Dies ändert m. E. aber nichts daran, daß er auf Zeit verpflichtet bleibt, wenn er von dieser bloßen Befugnis keinen Gebrauch macht.

32) Matthiaß a. a. O. und § 2; Neumann (Handausgabe des B. G. B.) zu § 868; Gaertner, S. 145; anders Gierke (Fahrnisbesitz) S. 9 fg.

33) Vgl. Protokolle, S. 222: „Es ist ein ungesunder, den Tatsachen zuwiderlaufender Gedanke, wenn man davon ausgeht, daß der Mieter und der Pächter die tatsächliche Gewalt nicht nur für sich, sondern auch für den Vermieter und den Verpächter ausüben wollten.“

34) Vgl. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 59; Dernburg, S. 307 unter 2; Staudinger-Kober zu § 1007 sub IV A 3 a.

35) Vgl. Leonhard, S. 70 fg.; Gierke, s. unten S. 26 fg. Staud.-Kober, Anm. 1 zu § 868; E. R. G. Bd. 49 S. 173: „Erforderlich ist, daß ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis, ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei.“ Vgl. auch Strohal (a. a. O.) S. 23.

36) Vgl. Leonhard, a. a. O.; Dernburg, S. 67.

37) Vgl. Denkschrift, S. 114.

38) Strohal, S. 4; vgl. Gierke (Gutachten) S. 53; Meisner, zu § 868; a A. Klein, S. 28 fg.

39) Endemann, S. 97 c; vgl. auch Leonhard, S. 70; Gaertner, S. 149 a. E.

40) Gutachten, S. 29 fg.; auch „Fahrnisbesitz“ S. 7 Note 15.

41) Cosack, S. 63.

42) Gierke (Fahrnisbesitz) a. a. O.

43) So auch Buhl (Recht der beweglichen Sachen) S. 38; Bunsen (Besitzschutz im B. G. B.) S. 81; Fischer (Deutsche Jur.-Ztg.) S. 369; Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 868; Gaertner, S. 146; Kuhlenbeck (Komm.) S. 462, mit dem Hinweis: „lege non distinguente nec nostrum est distinguere“; Leonhard, S. 70; Leske, S. 359; Meisner, S. 26; Neumann, zu § 868 II; Turnau-Förster (Liegenschaftsrecht), zu § 868; Staud.-Kober, Anm. I 3 zu § 868; Krahé, S. 16; Schmelzer (Selbstschutz des Besitzers) S. 61; Klein, S. 18; Weidemann, S. 24; Ungerer (Schutz des Besitzes) S. 14; zweifelnd Dernburg, S. 51; vgl. auch Protokolle, Bd. 4, S. 585; a. A. Wendt a. a. O., Bartels a. a. O.; vgl. auch die in Note 45, 46 Aufgeführten.

44) Strohal, a. a. O.; vgl. auch „Referat“, S. 130.

45) Ebenso Biermann, Anm. 5 zu § 868; Windscheid-Kipp, S. 700 unter 6; Kniep, S. 14; Lehmann, S. 78; vgl. auch Matthiaß, S. 8 unter c.

46) Anm. 4 und 5 zu § 868.

47) Vgl. E. R. G. in Note 35.

B.

[1]) Vgl. Strohal, S. 40 II.

[2]) E. R. G. Bd. 16, S 396; (abweichend Bd. 10, S. 233, Bd. 11, S. 289).

[3]) Vgl Bartels, S. 671, 672; Dernburg, S. 49 Note 4; Staud.-Kober, Anm. III 2 sechster Absatz zu § 868; Kniep, S. 143. Nach Gaertner, S. 150, ist der Gerichtsvollzieher vermittelnder Besitzer auch für den Schuldner; vgl. auch Kniep, S. 144; dagegen Bartels a. a. O.

[4]) Vgl. Staud.-Kober, a. a. O. erster Absatz.

[5]) Vgl. Denkschrift S. 170: „Da nach dem Sprachgebrauche des Entwurfes unter Besitz im Allgemeinen nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitzer zu verstehen ist, so umfaßt der Ausdruck „Eigenbesitz" sowohl den unmittelbaren wie mittelbaren Besitz." Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 927; Biermann, Anm. 1 zu § 872; Planck, Anm. 2a zu § 872.

[6]) Vgl. Strohal, S. 42 fg.; Gierke (Gutachten) S. 36, (Fahrnisbesitz) S. 41 fg.; Buhl, S. 44; Cosack, S. 38; Matthiaß, § 5 II A; Denkschrift S. 133.

[7]) Vgl. Cosack, a. a. O.

[8]) Nach Leonhard, S. 85, 86, Prinzip der „Verläßlichkeit".

[9]) Vgl. den bekannten Satz im Côde Napoléon, Art. 2279: en fait de meubles la possession vaut titre; und noch deutlicher Art. 2230: On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est pas prouvé, qu'on a commencé à posséder pour un autre. — Ebenso A. L. R. I 7 § 179: Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermutung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich. Vgl. auch Jhering (Grund des Besitzschutzes) S. 45, (Besitzwille) S. 144 fg.

[10]) Die Vermutung gilt nicht für persönliche Rechte, die mit Sachbesitz verbunden sind, z. B. Miet- oder Pachtbesitz; vgl. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 36 VI; Crome (Die juristische Natur der Miete) S. 63 fg.

[11]) Bartels, S. 673.

[12]) Vgl. Gierke (a. a. O.) S. 24, 33; Biermann, Anm. 4 zu § 1006; Crome, a. a. O.

[13]) Die Bedeutung des § 1006 Abs. 3 für den mittelbaren Besitzer noch in anderer Beziehung ist im Text (§ 22) erörtert; vgl. auch § 10 a. E.

[14]) Gierke (Gutachten) S. 37, 38, (Fahrnisbesitz) a. a. O.; Bekker, S. 68 fg.; Buhl, S. 41; Kniep, S. 9, 312, 315; Gaertner, S. 151 fg.; Fischer (Sammlung) S. 6; Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 869; Weidemann, S. 26 fg.

[15]) Vgl. Gaertner, a. a. O.; Klein, S. 34, dem gegenüber Wendt (Archiv, S. 52 fg.) hervorhebt, daß sonst § 868 überflüssig wäre.

[16]) Bartels, S. 676 fg.; Bunsen, S. 82; Cosack, S. 96; Endemann, S. 128; Leske, S. 361; Leonhard, S. 75 fg.; Lehmann, S. 77 fg.; Maenner, S. 106, 107; Meisner, S. 26 unter 2; Neumann, Anm. 1 zu § 869; Staud.-Kober zu § 869; Scherer (Sachenrecht) S. 21; Windscheid-Kipp, S. 721, 739; Ungerer, Anm. 213; Schmelzer, S. 67, 68; Krahé, S. 53; Motive S. 127. Biermann, Anm. 3 zu § 869 und Matthiaß, S. 16, halten eine verbotene Eigenmacht allein gegen den mittelbaren Besitzer zwar für möglich, versagen ihm aber

gleichwohl den vollen Besitzschutz in Rücksicht auf § 869; desgl. Dernburg, S. 77 unter 7; während Planck verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer ausschließt, jedoch zugibt, daß sich aus § 869 allein eine erschöpfende Regelung des Besitzschutzes nicht erkennen lasse.

[17]) Protokolle, Bd. 3, S. 226, Denkschrift, S. 114.

[18]) Vgl. Gaertner, a. a. O., und die oben § 1 Anm. 16 Aufgeführten.

[19]) So liegt z. B. in einer gegen den mittelbaren Besitzer gerichteten Drohung zweifellos verbotene Eigenmacht nur gegen ihn, insofern dadurch nur für ihn allein ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird, der als eine Störung seines Besitzes anzusehen ist. Vgl. Matthiaß, S. 15; Staud.-Kober, II 2a zu § 858; Planck, Anm. 1b zu § 858; Cosack, S. 80; Joseph (Erläuterungen zu den Besitzklagen) S. 275; Kniep, S. 324; Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 858; Motive, S. 126; Denkschrift, S. 112; Urteil des O. L. G. Braunschweig (Rechtspr. der O. L. G.) Bd. 4, S. 290; a. A. Protokolle, S. 36; Dernburg, S. 83.

[20]) A. A. Motive S. 127: „Aus der Person des Vertreters entscheidet sich die Frage, ob ohne den Willen des Inhabers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt ist und somit der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliegt.“

[21]) Nicht „gegen“ seinen Willen (so Wendt, a. a. O., S. 53).

[22]) Z. B. der unmittelbare Besitzer unterschlägt die Sache (Entziehung), oder der Pächter verwüstet den gepachteten Wald (Störung) — Beispiel bei Biermann, a. a. O.

[23]) Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 869.

[24]) Kniep, S. 9.

[25]) So die in Anm. 1 Aufgeführten; vgl. auch Meisner, S. 27 unter 3; Joseph, S. 280; Kniep, a. a. O., betont mit Recht gegenüber der Denkschrift, nach welcher der mittelbare Besitzer im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer der Besitzansprüche nicht bedarf, weil gegen Uebergriffe des Letzteren ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügend Schutz biete, daß aus diesem Rechtsverhältnisse nicht nur persönliche, sondern auch Besitzansprüche entspringen. A. A. die in Anm. 16 Aufgeführten.

[26]) Endemann, S. 129 Note 16.

[27]) Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers, S. 18, 19.

[28]) A. A. Weidemann. S. 34.

[29]) Vgl. Dernburg, S. 77 unter 8; nach Meisner (a. a. O.), Weidemann (S. 30) Klein (S. 41, 42) ist der mittelbare Besitzer überhaupt als Mitbesitzer aufzufassen, der § 866 für seinen Besitzschutz gegenüber dem unmittelbaren Besitzer also in jedem Falle analog anzuwenden, wenn es sich um Ueberschreitung der Gebrauchsgrenze handelt; um die Grenzen des „den Einzelnen“ zustehenden Gebrauches kann es sich aber doch nur in dem im Text berücksichtigten Fall handeln, daß auch der mittelbare Besitzer die Sache in Mitbenutzung hat; so auch Buhl, S. 42 unter 4a; vgl. hierzu noch Staud.-Kober, Anm. 3 zu § 869; Endemann, S. 125, 126.

[30]) Planck, Vorbem. zu §§ 861—864; vgl. Motive S. 109: „Es besteht zwischen diesen beiden Arten des Schutzes ein innerer Zusammenhang: durch die Besitz-

klagen soll derjenige Zustand wiederhergestellt werden, welcher durch erlaubte Gewalt hätte aufrecht erhalten oder wiederhergestellt werden dürfen, wenn der Inhaber im richtigen Zeitpunkte hierzu Willens und im Stande gewesen wäre."

31) Vgl. Bekker, S. 12; Kniep, S. 317; Strohal (a. a. O.) S. 52; Wendt (Archiv) S. 58, 59; Staud.-Kober, I 1 zu § 859; Lehmann, S. 77, 78; Planck, Anm. 3 zu § 859; Biermann, Anm. 2 zu § 859.

32) A. a. O.

33) S. 316; vgl. Straaten, S. 15.

34) Vgl. Planck, Anm. 3c zu § 859; Biermann, Anm. 3c zu § 859; Ungerer, S. 51, 53; a. A. Kniep, S. 328, der die Bestimmungen über Selbsthülfe zum Schutze von Rechten hier analog anwenden will.

35) So Gierke (Gutachten) S. 38, (Fahrnisbes.) a. a. O.; Bekker, a. a. O.; Gaertner; Fischer-Henle; Kniep, a. a. O.; Kuhlenbeck (Von den Pandekten) S. 462 fg., anders dagegen Kommentar Anm. 1 zu § 869; Kohler (Archiv) Bd. 18, S. 80; Dernburg, S. 77 unter 7 (entgegen den früheren Auflagen); Klein, S. 40; Buhl, S. 42; auch Cosack, S. 82 unter γ fordert aus einer Bejahung der possessorischen Rechtsbehelfe die Zubilligung des Selbstschutzes. A. A. die in Anm. 16 Aufgeführten (ausgen. Dernburg); vgl. Protokolle, S. 226: „Gänzlich überflüssig ist es, dem mittelbaren Besitzer auch das dem Besitzer zustehende Selbsthülferecht zu gewähren."

36) S. oben § 1 Anm. 23.

37) Buhl, S. 40.

38) Vgl. a. a. O. Gierke, Bekker, Kniep, Gaertner, Fischer-Henle; a. A. außer den in Anm. 16 Aufgeführten, Kuhlenbeck (Komm.) a. a. O.; Klein, S. 41, 42.

39) Vgl. Planck, Anm. 2 zu § 869; Biermann, Anm. 2 zu § 869; Windscheid-Kipp, S. 699; a. A. Wendt (a. a. O.) S. 59 fg.; Ungerer, S. 53. Auch Lehmann (S. 78) will das Selbsthülferecht des § 859 dem mittelbaren Besitzer entweder gegen jedermann (§ 859) oder gar nicht (§ 869) geben.

40) Anm. 2 zu § 869; vgl. auch Schmelzer, S. 66.

41) A. A. Straaten, S. 14.

42) A. a. O.

43) Vgl. auch Buhl, S. 41.

44) A. a. O. S. 35.

45) So aber nur Buhl, a. a. O., nicht dagegen Gierke, Fischer-Henle.

46) So auch Gaertner, S. 195, Weidemann, S. 35 (jedoch mit Einschränkung); a. A. Bunsen, S. 82d; v. Buchka, S. 170 VII; Bartels, S. 680; Cosack, S. 94; Kniep, S. 478; Matthiaß, S. 17c; Strohal, S. 56; Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 867; Windscheid-Kipp, S. 739 II 2; Neumann, zu § 869 2d; Biermann, Anm. 2 zu § 867; Staud.-Kober, zu § 869 I b; Straaten, S. 19.

47) Vgl. Gaertner a. a. O.

48) Straaten, a. a. O., versagt dem mittelbaren Besitzer den Abholungsanspruch, weil er das Hauptgewicht darauf legt, daß die Sache aus der „Gewalt" des Besitzers gekommen sein müsse, das heiße aus der „tatsächlichen physischen" Gewalt. Dann ist aber m. E. nicht abzusehen, warum das Gesetz den Anspruch

aus § 867 nicht auch dem Besitzdiener verleiht, der doch auch die tatsächliche „physische“ Gewalt über die Sache haben kann. Zudem kommt es gar nicht darauf an, oder der Sachbesitzer die tatsächliche Gewalt verloren hat oder nicht. Vgl. Bartels, S. 678; Planck, a. a. O.; Strohal, S. 54; a. A. Biermann, Anm. 1a zu § 867. Wenn Straaten ferner keinen Unterschied darin findet, ob man dem mittelbaren Besitzer den Anspruch aus § 867 oder aus § 869 Satz 3 herleitet, so ist zu sagen, daß auf Grund des § 867 sich der mittelbare Besitzer in jedem Falle den unmittelbaren Besitz der Sache verschaffen könnte und daß dem eben die Bestimmung des § 869 Satz 3 entgegensteht.

49) Vgl. Förster-Eccius (preußisches Privatrecht) S. 240 fg.

50) So nach dem Gesetz vom 1. 4. 1880, während das A. L. R. dem Pfändenden Anspruch auf Schadensersatz und Pfandgeld gibt.

51) Gierke (Fahrnisbesitz) S. 50; vgl. Biermann, zu § 1007 S 126; Dernburg, S. 384; Endemann, S. 184 oben; Windscheid-Kipp, S. 906; Planck, Anm. 2 a α zu § 1007; Meisner, zu § 1007 S. 154.

52) Gierke, a. a. O.; Staud.-Kober, zu § 1007 S. 154.

53) Vgl. Biermann (a. a. O.) Anm. 3 e.

54) Vgl. im Text S. 19 und Note A 34.

55) S. Motive, Bd. 3, S. 103.

56) Wendt (Archiv) S. 46, 47, vgl. oben S. 28 fg.

57) So Gierke (a. a. O.) S. 25 Note 13, S. 60; Planck, S. 57; wie oben Biermann, Anm. 2 b zu § 1007; Cosack, S. 89 b β; Staud.-Kober, IV A 3 c.

58) Denkschrift, S. 133.

59) Vgl. Dernburg, S. 367 Note 12; Buhl, S. 89; v. Thul (Literatur zum B. G. B., in der Deutschen Juristenzeitung 1899) S. 350 fg; Weidemann, S. 37 38; a. A. Biermann, a. a. O.; Straaten, S. 20.

60) Weidemann, S. 39 Note 73.

61) Vgl. a. a. O. Biermann, Buhl; Planck, 2 b β und Anm. 2 zu § 935; Gierke, (a. a. O.) S. 52.

62) Cosack, und ihm folgend auch Staud.-Kober, a. a. O. I c, Biermann, Anm. 1 zu § 1007 übersehen anscheinend diese positive gesetzliche Regelung, wenn sie hier die Regelung aus einer analogen Anwendung des § 869 Satz 2 herleiten.

63) Oertmann (Recht der Schuldverhältnisse) Anm. 2 p zu § 812; Dernburg (Schuldverhältnisse) S. 590 Note 3; Enneccerus-Lehmann, Bd. 1, S. 818; Matthiaß, S. 18 I; Strohal, S. 65 fg; Planck, Anm. 1 a zu § 812.

64) Eine Besitzbeeinträchtigung als Tatbestand einer Besitzbereicherung kann nur in einer Entziehung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes bestehen, nicht in einer Störung, denn durch eine solche erlangt der Störer nichts, ist also nicht „bereichert“. Vgl. v. Mayr (Bereicherungsanspruch) S. 140, ebenso Windscheid-Kipp a. a. O.

65) Strohal, S. 105 fg.

66) v. Mayr, S. 146.

67) Vgl. v. Mayr, a. a. O.

[68]) So Motive, Bd. 3 S. 110; dagegen Protokolle, Bd. 2 S. 572 fg; vgl. hierzu Bartels, S. 675; Bekker, S. 26, 27; Strohal, S. 65; Matthiaß, S. 18; Dernburg (Sachenrecht) S. 45 unter c und Note 4; Windscheid-Kipp, S. 642, 659; Oertmann (Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten) S. 86; Staud.-Kober, I Abschnitt, Vorbem. VII.

[69]) Gegen die Anwendung des § 823 Abs. 2 auf privatrechtliche Schutzvorschriften Enneccerus-Lehmann, Bd 1, § 360 I 2; Oertmann (Komm.) Anm. 4 β 3 zu § 823; dafür Planck, Anm. 2 zu § 858; Strohal, S. 56.

[70]) Strohal, S. 56, 121 gibt dem mittelbaren Besitzer den Anspruch nur aus verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer.

[71]) Planck, zu § 851.

[72]) Vgl. Windscheid-Kipp, S. 701.

[73]) Planck, Anm. 3 b zu § 268, Anm. 4 zu § 868; Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 268; Windscheid-Kipp, S. 700 unter 6.

[74]) Die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer hat Gierke überzeugend verteidigt in seinem Gutachten S. 39 fg. und Fahrnisbesitz S. 53 fg. Die Entscheidung dieser Frage kann jetzt allgemein als in seinem Sinne erfolgt angesehen werden. Vgl. Bekker, S. 45; Strohal (Sachbesitz) S. 45, (sächs. Archiv) S. 341, (Referat) S. 129 fg.; Fischer (D. Jur.-Ztg.) S. 367 fg.; daran anschließend: Biermann, Anm. 3 zu § 985; v. Buchka, S. 196; Dernburg, S. 367; Enneccerus-Lehmann, Bd. 2 S. 103, Nr. 5; Haidlen (B. G. B.) Anm. II 2 zu § 985; Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 985; Leske, § 119, S. 431; Meisner, Anm. 1 zu § 985, ebenso (Referat auf dem 24. D. Jur.-Tag) Bd. 4 S. 140 fg.; Matthiaß, S. 86 II c; Neumann, zu § 985; Planck, Anm. 1 b β zu § 985; Staud.-Kober, S. 246 unter c; Windscheid-Kipp, S. 890; vgl. auch Protokolle, Bd. 3 S. 328 fg. Aus der Praxis vgl. Urteil des O. L. G. Dresden (Rechtspr. der O. L. G.) Bd. 5 S. 154.

Kniep, S. 15, nach dem auf Grund des B. G. B. die eine oder andere Auffassung möglich ist, läßt die Bedürfnisse des Lebens den Ausschlag geben.

Endemann, S. 354 fg., der den Besitz des mittelbaren Besitzers nur nach rechtlicher Auffassung fortbestehen läßt, gibt folgerichtig dem Eigentümer die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer nur insoweit, als dessen Besitz einen rechtlichen Eingriff in die Eigentumssphäre des Eigentümers darstellt; der Klageantrag kann daher nach ihm nicht auf Herausgabe der Sache, sondern nur auf Anerkennung des Eigentumsrechtes des Vindikanten und Duldung in die vom unmittelbaren Besitzer für ihn innegehaltene Sache in Analogie von § 737 Z. P. O. gehen. Die bloße Anerkennung seines Rechts kann jedoch den Vindikanten nicht befriedigen, dem es um die Wiedererlangung seiner Sachherrschaft zu tun ist. Im Uebrigen läßt Endemann (S. 355) es „von der Prüfung des einzelnen Falles abhängen, welches Vorgehen den Zwecken der Eigentumsverfolgung am besten dienlich sei", wobei meist entscheidend sein werde, ob man der außergerichtlichen Benennung des mittelbaren Besitzers volles Vertrauen schenken darf oder nicht. Im ersteren Falle empfiehlt er, die Klage allein und direkt gegen den mittelbaren Besitzer zu richten, obwohl er zugibt, daß das Urteil nicht gegen den unmittelbaren Besitzer wirkt (§ 354 b 1), im letzteren Falle sieht er in der Klage gegen den unmittelbaren Besitzer den besten Weg zum Ziele (s. hierüber unten S. 53). Vgl. Dernburg, S. 365 a. E.

Planck, der sich allerdings auf die Motive (Bd. 3, S. 398) und die Kommissionsberatungen (Bd. 3, S. 332 fg.) stützen kann, will die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer sich in dem Anspruch auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes erschöpfen lassen, versagt dagegen dem Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache im engeren Sinne, d. h. auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes, obwohl er die erheblichen praktischen Gründe nicht verkennt, die für die Zulassung dieses Anspruches gegen den mittelbaren Besitzer sprechen (vgl. auch Dernburg, § 119 Ziffer 2). Da aber ein Urteil gegen den mittelbaren Besitzer bloß auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes nicht zur Zwangsvollstreckung gegen den unmittelbaren Besitzer genügt (§ 886 Z. P. O.), so läßt sich infolgedessen hier ebensowenig wie bei der Unzulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer überhaupt die Weiterung umgehen, daß der Eigentümer noch zu einer zweiten Klage gezwungen ist, wenn nämlich der unmittelbare Besitzer die Herausgabe der Sache verweigert (vgl. auch Endemann, S. 355 Note 22). Sodann hat ein solches Urteil in den meisten Fällen nur geringen praktischen Wert, da es niemals direkt und unbedingt auf Herausgabe der Sache geht; dem Eigentümer wird daher sein durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf ihn übergegangener Anspruch auf Herausgabe der Sache in den Fällen wenig nützen, wo er den unmittelbaren Besitzer nicht ausfindig machen kann, wie bei dem weiter unten angeführten Beispiel der rei vindicatio gegen einen Leihbibliothekar (s. S. 53). Zudem ist, wie Gierke (Fahrnisbesitz) a. a. O., (Gutachten) S. 42 fg. mit Recht hervorhebt, in dem Anspruch auf Herausgabe der Sache der Anspruch auf Abtretung des Anspruches auf Herausgabe, also auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes mitenthalten. Vgl. auch Protokolle, a. a. O.

75) Gutachten, S. 1 fg., (Archiv) S. 69. Ihm folgen Bartels, S. 652; Gareis (Einführung) S. 237, 238; Tränkner und Wulfert (Handausgabe) zu § 985; Fischer (Sammlung) S. 31.

76) S. oben § 1 S. 13 fg.

77) D (41, 3) 16: Servi nomine, qui pignore datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est.

78) Archiv a. a. O.

79) A. a. O., S. 52.

80) S. oben § 1 a. a. O.

81) Vgl. Strohal (Sachbesitz) S. 1 fg.

82) A. a. O., S. 70, Gutachten, S. 15.

83) Vgl. Protokolle, Bd. 6, S. 237.

84) Vgl. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 53, (Gutachten) S. 40; den ausführlichen Nachweis, daß die Entstehungsgeschichte des B. G. B. nicht gegen die Zulassung der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer spricht, siehe bei Biermann, Anm. 2 zu § 985, Strohal (a. a. O.) S. 47, (Referat) S. 133, 134; Fischer (Jur.-Ztg.) S. 368, 369; Planck, Anm. 1 b β zu § 985; Meisner, Anm. 1 zu § 985.

85) Wendt (Archiv) S. 72.

86) Klein, S. 44.

87) Vgl. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 54.

88) A. a. O., S. 74 fg.

89) A. a. O., Gutachten S. 26 fg.

90) A. a. O., S. 48, besonders eingehend im sächs. Archiv S. 342 fg.; vgl. auch Planck, zu § 985 S. 252; Straaten, S. 29; wie oben Endemann, S. 354 Note 19.

91) Vgl. auch Gierke (Fahrnisbesitz) S. 54 Note 27; Fischer (a. a. O.) S. 368; Windscheid-Kipp, S. 890.

92) Archiv, S. 73; ebenso Bartels, S. 652.

93) Gierke, a. a. O., (Gutachten) S. 41 Note 20.

94) Schoen (Ist die Eigentumsklage . . .) S. 26.

95) S. 46.

96) Gierke (Gutachten) S. 41.

97) Schoen, a. a. O.

98) Vgl. auch Klein, S. 47

99) Wendt (Gutachten) S. 8 fg.

100) A. a. O. S. 14 fg., (Archiv) S. 69 fg.

101) Vgl. Protokolle, Bd. 3, S. 332.

102) Glück (Erläuterung der Pandekten) S. 192.

103) Vgl. auch Weidemann, S. 49.

104) denique-folglich; vgl. die Interpretation dieser Stelle bei Ungerer, Bd. 1, § 199; 2 a.

105) Vgl. auch Strohal (Referat) S. 134, 135, der Wendt eine Inkonsequenz nachweist.

106) Vgl. Gierke (Gutachten) S. 43, (Fahrnisbesitz) S. 53 fg.; Strohal (Sachbesitz) S. 45 fg.

107) Schoen, S. 38

108) Gutachten, S. 16 fg.

109) Vgl. Strohal (a. a. O.) S. 47 d.

110) Vgl. besonders Strohal, S. 45 und im Anschluß an ihn Gierke (Gutachten) S. 45; beide gehen aber m. E. bei Behandlung dieser Frage zu weit, wenn sie den mittelbaren Besitzer sogar als den alleinigen Passivlegitimierten ansehen. Ihnen gegenüber hebt Wendt (Gutachten, S. 18) mit Recht hervor, daß der Eigentümer auch gegen den Schiffer usw. mit Erfolg wird klagen können, wenn er ihnen gegenüber sein Eigentum an den Sachen nachzuweisen im Stande ist.

111) Gutachten, S. 43.

112) Schoen, S. 34; Lehmann, § 28 unter 9; vgl. auch Weidemann, S. 54.

113) Gutachten, S. 23.

114) A. a. O., S. 42.

115) Ob er zur Streitverkündung verpflichtet ist, richtet sich nach seinem Rechtsverhältnisse zum mittelbaren Besitzer, vgl. z. B. für die Miete § 545.

116) A. a. O., S. 53.

117) A. a. O., S. 45, (Fahrnisbesitz) S. 55.

118) Wendt (Gutachten, S. 21) nimmt neben dem Besitz der einzelnen Räume durch die Mieter als unmittelbare Besitzer noch einen unmittelbaren Besitz des Hauseigentümers an dem Hause im Ganzen an. Dies ist aber doch nur der Fall, wenn der Hauseigentümer selbst eigene Räume im Hause inne hat, andernfalls ist er stets nur mittelbarer Besitzer. So auch Strohal (a. a. O.) S. 33 unter a.

119) Vgl. Protokolle, S. 331; Wendt (Gutachten, S. 20) sieht hiergegen ein Hülfsmittel in § 990, weil der Bibliothekar, mag er auch in gutem Glauben das Buch erworben haben, bösgläubig würde, sobald ihn der Eigentümer über seine Ansprüche aufkläre. Die Eigentumsbehauptung eines Anderen vernichtet aber nicht ohne Weiteres seinen guten Glauben, und bloße Zweifel am Rechte oder fahrlässige Unkenntnis genügen nicht zur mala fides superveniens, diese erfordert vielmehr Kenntnis (vgl. Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 937; Weidemann. S. 55).

120) Gutachten, S. 46; vgl. auch Bekker, S. 44.

121) A. A. Endemann, a. a. O.

122) Vgl. Gierke, a. a. O.

123) Nach der Auffassung Plancks ist dieser Ausweg allerdings nicht gegeben, da er den Anspruch auf Herausgabe gegen den mittelbaren Besitzer versagt und der Anspruch auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes gegenüber dem Besitzherrn eines bloßen Besitzdieners nicht gegeben sein kann. Er empfiehlt daher (zu § 985 S. 252; s. auch Straaten, S. 27) die Klage alternativ für den Fall des unmittelbaren Besitzes des Beklagten auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes, für den Fall des mittelbaren Besitzes auf Uebertragung des letzteren zu richten. Dies würde also den Richter zwingen, zunächst zur Feststellung der Art des Besitzverhältnisses des Beklagten zum Dritten (unmittelbarer Besitzer oder Besitzdiener?) zu kommen, während nach obiger Auffassung der Klageanspruch zur Entscheidung reif ist, wenn überhaupt nur eine (unmittelbare oder mittelbare) Besitzbeziehung des Beklagten zur Sache feststeht.

124) Gutachten, S. 21.

125) Vgl. Gierke (a. a. O.) S. 46; die Protokolle (a. a. O.) verneinen überhaupt die Möglichkeit einer Feststellungsklage mit der Begründung, daß, wenn man nicht auch den Eigentumsanspruch gegen den mittelbaren Besitzer anerkenne, es an einem der Feststellung fähigen Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem mittelbaren Besitzer fehle. Dem gegenüber hält das Reichsgericht (E. R. G. Bd. 41, S. 347) es für unrichtig, wenn man das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses um deswillen verneine, „weil keine direkten rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien beständen."

126) Vgl. Protokolle, a. a. O.

127) Vgl. Planck, Anm. 2 b zu § 987, 2 a zu § 988.

128) Vgl. Motive, Bd. 3, S. 425; Planck, Anm. 3 zu § 1004.

129) Vgl. Motive, S. 429.

130) Der Anspruch aus § 1005 (vgl. auch §§ 1065, 1227) ist dem aus § 867 nachgebildet, für diesen gilt also dasselbe.

131) Bekker, S. 19, macht dieses Recht von einer Erlaubnis des Grundstücksbesitzers abhängig; ähnlich Biermann, Anm. 2 zu § 867; Dernburg, S. 88; dagegen Kniep, S. 478; Motive, S. 298.

132) Vgl. Staud.-Kober, Anm. 1 b zu § 867; Strohal, S. 47; Gierke (Fahrnisbesitz) S. 56, Note 29, (Gutachten) S. 48; Gaertner, S. 196; Weidemann, S. 60; a. A. Planck; Anm. 16 zu § 1005, Anm. 3 zu § 867; Biermann, a. a. O.; Bartel (Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den m. Besitz) S. 8.

133) Vgl. Weidemann, S. 61; Klein, S. 50, nach denen dem Recht des mittelbaren Besitzers aus § 867 auch die Pflicht entsprechen muß.

134) Gierke (Gutachten) S. 47.

135) So Gierke, a. a. O.

136) So Buhl, S. 89; Cosack, S. 90 VI; Dernburg, S. 385; Endemann, S. 158; Gierke (Gutachten) S. 48, (Fahrnisbesitz) S. 53 fg.; Lehmann, S. 216, 217; Windscheid-Kipp, S. 906; Staud.-Kober, Anm. I 3 zu § 1007; Neumann, zu § 1007; a. A. Bartels, S. 676; Wendt (Archiv) S. 69 fg.

137) Vgl. Gierke (Gutachten) S. 49; Strohal, S. 126 IV; Dernburg, S. 80; Matthiaß, S. 17 oben; Gaertner, S. 178 fg.

138) v. Mayr, S 161.

139) Wendt (Archiv) S. 69.

140) Vgl. Gierke (Gutachten) S. 50, (Fahrnisbesitz) S. 56 Note 29; Strohal, S. 44; Kniep, S. 15; Cosack, Bd. 1, S. 629; Fischer-Henle, zu § 809; Klein, S. 50, 51.

141) Vgl. Gierke, a. a. O.; Strohal, a. a. O.; Matthiaß, § 5 II B; a. A. Wendt (a. a. O.) S. 69. Straaten hält den mittelbaren Besitzer für passivlegitimiert, weil die Klage aus § 836 sich gegen den „Eigenbesitzer" richte, Eigenbesitzer bei einem Doppelbesitz aber nur der mittelbare Besitzer sei. Dies ist im Prinzip nicht richtig; bei einer Besitzmittlung braucht der mittelbare Besitzer nicht stets Eigenbesitzer zu sein, z. B. ist der ehrliche Finder, der die Fundsache einem Anderen in Verwahr gegeben hat, wohl mittelbarer Besitzer, aber nicht Eigenbesitzer; und wenn der Nießbraucher eines Gebäudes dieses wieder an den Eigentümer vermietet hat, beruht dessen Haftung aus § 836 sowohl auf seinem unmittelbaren wie mittelbarem Eigenbesitz, in erster Linie aber m. E. wohl auf ersterem.

142) Vgl. Gierke (Fahrnisbesitz) S. 27 fg.; Bartels, S. 673; Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 1006.

143) Gierke (a. a. O.) S. 41 fg., S. 56 fg.

144) Daß die für die Rechtsverfolgung wertvolle Klage aus § 1007 auch auf mittelbaren Besitz gegründet werden kann, ist schon oben (§ 8) erörtert.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Druckfehlerverzeichnis.

1) Inhaltsübersicht in § 7: (Art. 89 E. G. z. B. G. B.) statt (Art. 89 E. g. z. B. G. B.).

2) S. 8 Z. 20 von oben: Heusler statt Hensler.

3) S. 32 Z. 23 von oben: § 859 statt 959.

4) S. 39 Z. 4 von unter: Besitzbereicherungsanspruch statt Besitzberechtigungsanspruch.

5) S. 53 Z. 24 von oben: (s. hinten Anm. 1) statt (s. oben Anm. 1).

6) S. 62 Z. 5 von unten: solchem statt solchen.

7) S. 72 in Note 74 letzte Z.: (s. hierüber im Text S. 53) statt (s. hierüber unten S. 53).